الطريقة المرضية

فى الاجراآت الشرعية على مذهب المالكية

تأليف صاحب الفضيلة العلامة المحقق

الشيخ سيدي محمد العزيز جعيط

وزير العدلية سابقا

وشيخ الإسلام المالكي

بالديار التونسية

الطبعة الثانية



— توزيع —

مكتبة الاستقامة

٣٧ - ٣٩ سوق العطارين - تونس

مطبعة الإرادة

الطريقة المرضية

في الاجرآت الشرعية على مذهب المالكية

تأليف صاحب الفضيلة العلامة المحقق

الشيخ سيدي محمد العزيز جعيط

وزير العدلية الشرفي

وشيخ الاسلام المالكي

بالديار التونسية

الطبعة الثانية



تولت نشرها

مكتبة الاستقامة

٣٧ - ٣٩ سوق العطارين - تونس

مطبعة الارادة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على خير خلقه واكرم رسله وعلى آله وصحبه المحيين سنته اما بعد فان التأليف الموسوم بالطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية كان هدفه ومطمح نظره تلقين طلاب التعليم العالي اصول القضاء المعمول بها في الديار التونسية في الزمن الحاضر ليتمكنوا من اقتعاد صهوته وتسنم ذروته وتسيير القضايا على الوجه الاتم اذا القي اليهم بزمامها. ولذلك كان تنسيقه متماشيا مع سير القضايا الطبيعي من النظر في الدعوى اولا والحجج ثانيا والحكم ثالثا. فرتب على ثلاثة ابواب الاول في الدعوى وما يتعلق بها ويترتب عليها: الثاني في الحجج وانواعها المعبر عنها بمستندات الحكم؛ الثالث في الحكم ومتعلقاته

واذ كان الغرض المنشود منه افادة رواد العلم ما لا غنى لهم عنه حسن ان يورد فيه ما يشد سواعدهم ويفتح بصائرهم فسقت جملا من النصوص الفقهية المبثوثة في كتب التوثيق والاحكام للاستدلال بها او بيان مدركها او نقدها والتنبيه على ما يرد عليها لئلا يغتر بها الناظر او غير ذلك من المقاصد التي تتجلى لمن يثل كناناتها ويعجم عيدانها ويستكشف خباياها. وءاثرت كثيرا مما جاء في الكتب المعتمدة ولاسيما التي لم تطمثها يد الطباعة ولا حاولت ان تفتق اكمامها وتنشر لطائمها فبقيت مكنونة محجوبة عن كثرة المداولة ولم يتح فتح اقفالها واستكشاف اسرارها إلّا للنادر القليل كشرح العلامة التونسي الشيخ حلولو للمختصر الخليلي وشرح ابن مرزوق له وشرح ابن ناجي القيرواني للتهذيب وشرحه للجلاب وحاوي البرزلي والدكانة للشيخ محمد عظوم القيرواني وبرنامج الشوارد للشيخ قاسم عظوم القيرواني وحاشية الشريف التونسي المفتي على شرح ميارة للزقاقية ومعين المفتي له ورسائل القاضي النظار الشريف اسماعيل التميمي وحاشية

الشيخ احمد ابن الطاهر على شرح التاودي للتحفة وحاشية القاضي النظار محمد ابن سلامة عليه ولقط الدرر للشيخ السنوسي وقصدت بذلك

اولا ـ تقوية الملكات وصقل الاذهان باستقداح زناد التفهم لما تضمنته عباراتهم ومعاناة استنتاج الاحكام منها والتدريب على البحث والنقد

ثانيا ـ الالمام باصطلاحات الموثقين

ثالثا ـ التنبيه على ما يحسن حط رحال المطالعة باكنافه من كتب التوثيق والاحكام لمن ينشد زيادة التحقيق وانارة البصائر

رابعا ـ تمتين الاواصر وتوثيق العرى بين الحاضر والغابر لئلا يتوارى الدابر بحجاب النسيان والاهمال

خامسا ـ الارشاد الى تطورات الاجراءات القضائية باختلاف الظروف

بيد ان كثيرا ممن لا تهمه هذه الفوائد ولا يقصد غير الالمام بالاجراءات القضائية من اقرب السبل واسهل الطرق اقترح ان يردف التأليف بعجالة تتضمن مسائله بالفاظ دانية القطاف قريبة التناول سهلة على الافهام مجردة عن نصوص الفقهاء ومباحثاتهم التي ربما يشق او يتعاصى استخراج زبدة مخيضها على غير من اعتاد السوم في حقولها ومروجها والمشي في سهولها ونجودها فوكلت اجابة المقترح الى الفرص السانحة وقد رأيت الآن ان الفرصة حانت وتجلت والعوائق ادبرت وولت اذ نفدت الطبعة الاولى التي كانت جد متواضعة من ناحية الكمية الكافية لوقوعها ايام الحرب العالمية الثانية تلك الحرب الشعواء التي لم تبق ولم تذر وامتد سعيرها وانتشر واحرق قشيها اهل المدر والحضر فتعطلت دواليب المصانع وشقت المواصلات على رواد المنافع فقل في جملة ما قل الورق واصبح الاستحصال على الموجود منه اعز من بيض الانوق ثم منّ الله بايقاف رحاها واسكات اعصارها واخماد جذوتها وتجاوبت اصداء الطلب من كل ناحية في اعادة طبع الكتاب فصدرت الكتاب في هذه الطبعة الثانية بالعجالة المنشودة وجعلتها مفصولة منه ليعلم انها مستقلة عنه وعلقت في هامش اسفل الكتب تعليقات اقتضاها تغيير الوضع او حبذها مراجعات علمية من بعض علماء الزيتونة او دعا اليها ما يحسن من زيادة فائدة او كمال ايضاح او تعريف بالعلماء المذكورين في الكتاب. والله اسأل حسن التوفيق والحفظ من الزلل لا رب غيره ولا خير إلا خيره.

بسم الله الرحمن الرحيم



الحمد لله على هداه ، والصلاة والسلام على حبيبه ومصطفاه وعلى آله وصحبه ومن والاه ، وبعد فهذه مواد تتضمن الفقه الذي ذكر في الطريقة المرضية مشيرا لكل صفحة في الاصل تتضمن تلك المادة وقصدت بذلك التقريب للافهام مع الاختصار، والله المستعان وعليه التكلان

الباب الاول ـ وفيه فصول

الفصل الاول ـ في الدعوى ـ وفيه سبعة مطالب

المطلب الاول ـ في حقيقتها

المادة ١ ـ حقيقة الدعوى طلب معين او ما في ذمة معين او طلب ما يترتب عليه معين او ما في ذمة معين

المطلب الثاني ـ في كيفية القيام بالدعوى

المادة ٢ ـ تقدم للقاضي شكاية كتابية على ورق معتاد يبين فيه موضوع الدعوى وحاصلها

المطلب الثالث ـ في صفة القائم بالدعوى

المادة ٣ ـ يلزم فيما ليس حقا لله ان يكون القائم بالدعوى صاحب الحق او وكيله او ناظره من اب او وصي او مقدم قاض.

المادة ٤ ـ لا يشترط الرشد في قبول الدعوى من صاحب الحق نفسه

المادة ٥ ـ اذا كان القائم وكيلا اشترط في قبوله ان يجعل له الاقرار، إلّا اذا كان وكيلا عن الوصي في حق محجوره او عن المحجور نفسه فلا يجعل له الاقرار.

المادة ٦ ـ اذا جعل الاقرار للوكيل عمل باقراره فيما يرجع للخصومة لا فيما هو خارج عنها.

المادة ٧ ـ ليس للموكل عزل وكيل الخصام اذا اشرفت النازلة على الحكم او قاعد الوكيل الخصم ثلاث مرات. الا ان يرضى خصمه او يظهر منه تقصير او خيانة او يتبين عذر كمرض او سفر.

المادة ٨ ـ يقبل قول قاضي الحاضرة في ان الوكيل قاعد خصمه ثلاثا. اما قضاة الآفاق فيلزم لقبول ذلك الثبوت كتسجيل ثلاث مرافعات في دفتر المحكمة او وجود ما ينشأ عن المقاعدات من التحريرات والآجال ونحوها.

المادة ٩ ـ اذا وقع التقييد في توكيل الخصام بالمخاصمة لدى الحاكم الفلاني فليس للوكيل التكلم عنه عند حاكم آخر. واذا وقع توكيل الخصام مطلقا فللوكيل ان يخاصم عنه لدى كل حاكم.

المادة ١٠ ـ اذا لم يقم وكيل الخصام بشيء إلّا بعد عامين من تاريخ توكيله او انشب الخصومة وسكت بعد ذلك حتى مضى عامان فان وقع في وكالته انها دائمة مستمرة بقي على الوكالة ومكن من المخاصمة ولا ينعزل عن الوكالة إلّا بنص صريح. اما اذا لم يقع التنصيص على الدوام فيبعث الحاكم الى الموكل يسأله هل ابقى الوكيل

على و كالته او خلعه عنها . ويعمل على ما يجيبه به . و اذا كان المو كل غائبا اعتبر الو كيل باقيا على و كالته .

المادة ١١ - من و كل على الخصام فخاصم في قضية انتهت بالحكم و أراد الو كيل ان يخاصم عن المو كل في غيرهـا كان له ذلك ان كانت الو كالة مطلقة غير مقيدة بمخاصمة فـلان او في امر كذا ولم يطل ما بين القضيتين أو طال فيما اذا كان المو كل غائبا .

المادة ١٢ - ليس للو كيل ان يو كل غيره ولو كان و كيلا مفوضا - على ما به العمل التونسي - إلّا اذا جعل له تو كيل الغير .

المادة ١٣ - لا يقبل في مرافعة الخصم اكثر من و كيل و احد .

المادة ١٤ - للـناظر القيام في حق منظـوره سواء أكان الحجر لصغر أو سفه .

المادة ١٥ - ليس للحاجر الدعوى في حق السفيه في غير المال .

المادة ١٦ - للاب الواجب عليه نفقة ابنته ان يطلب من الزوج البناء ليسقط عن نفسه الانفاق .

المادة ١٧ - لا يقبل الخصام في حق الغائب من غير و كالة .

المادة ١٨ - تقبل الدعوى فيما هو حق لله من كل احد .

المادة ١٩ - اذا وقعت الدعوى على حبس أو مسجد او طريق او غير ذلك مما هو حق لله فان كان لتلك الجهات مقدم اجري الخصام معه . و ان لم يكن لها مقدم قدم القاضي مقدما وقتيا للمخاصمة عنها .

المادة ٢٠ ـ للاجنبي و المحجور كشف الوصي عن مال المحجور و تسلم نسخة بالشهادة على ما عنده ٠

المادة ٢١ ـ يستكشف الاب المستراب لفقر او غيره عن مال ابنه.

المطلب الرابع ــ في شروط صحة الدعوى

المادة ٢٢ ـ يشترط في صحة الدعوى ان تكون مبينة غير مجملة اذا لم يكن هناك عذر في الاجمال. و أن تكون موجهة على معين. و أن تكون بحيث لو أقر بها المطلوب او قامت عليه الشهادة بها لزمته.

المادة ٢٣ ـ يلزم في الدعاوي المتعلقة بالعقار تشخيص العقار و تعيينه بذكر حدوده من جهاته الاربع. ولا يكفي التحديد بالاشخاص بل يلزم التحديد بالعقار المحاد له ببيان نوعه ككونه ارضا او دارا او غيرهما. و ببيان ملكه ان كان ملكا او مستحقه او المحبس له ان كان وقفا ٠

المادة ٢٤ ـ اذا عين المدعي حدودا للعقار المتنازع فيه ولم يصادقه المدعى عليه على تلك الحدود وزعم ان حدود ما بيده مخالفة لتلك الحدود يلزم تقييد الدعوى و الجواب على العين. ليكون المتنازع فيه معينا. و يجعل توجه بعدلين لهذا الغرض و يتلقى العدلان شهادة من يحضره الخصمان من الشهود لتحديد المتنازع فيه.

المادة ٢٥ ـ المصاريف الناشئة عن تقييد المقال و الجواب على العين تحمل على المبطل من الخصمين. و اذا كان التجازف من الخصمين معا حملت عليهما.

المادة ٢٦ ـ الدعاوي المتعلقة بالعروض والحيوان والطعام يلزم فيها تعين نوع المدعى فيه وبيان عدده وقيمته. ويستحسن التوسع في وصفه.

المادة ٢٧ ـ يلزم في دعاوي الاستحقاق بيان المقدار الذي يدعى استحقاقه.

المادة ٢٨ ـ اذا ادعى المدعي ان الاستحقاق انجر اليه بالارث من غيره يلزم ان يدلي بوفاة المورث وجميع من انتقل ارثه اليه.

المادة ٢٩ ـ اذا اثبت القائم موت من يقوم بسببه وعدة ورثته وأثبت موت بعض ورثة المورث الاول وجر القائم ذلك الى نفسه ولكن لم يجد من يشهد له بعدة سائر ورثة الوارثين غير من يدلي به كفاه ذلك.

المادة ٣٠ ـ اذا مات الطالب يلزم القائمين مقامه ان يثبتوا موته ووراثته ويوجهوا دعواهم على المطلوب.

المادة ٣١ ـ اذا مات المطلوب وقام رب الحق او ورثته على ورثة المطلوب فلا تكلف ورثة المطلوب بالجواب حتى يثبت القائم موته وعدة ورثته.

المادة ٣٢ ـ لا تسمع دعوى المعاوضات والتبرعات على المحجور عليه.

المطلب الخامس

فيما يلزم اشتمال الدعوى عليه اذا سأله المطلوب

المادة ٣٣ ـ اذا قال المطلوب لا اجيبك حتى تجمع مقالاتك وتحصر دعواك؛ لزم ذلك ان كانت الدعوى في غير ميراث. وان

كانت الدعوى في ميراث لم يلزم ذالك إلّا ان يطلب الخصم حصرها على ما في علمه .

المادة ٣٤ ـ اذا حصر المدعي دعواه في الميرث على ما يعلمه ثم ادعى دعوى اخرى فللمطلوب تحليفه على انه لم يعلم بها وقت حصرها فاذا حلف كاف المطلوب بالجواب عنها.

المادة ٣٥ ـ اذا كانت الدعوى من حاجر في حق محجور لا يحصر دعـواه .

المادة ٣٦ ـ اذا كان الحق لجماعة متعددين وقاموا كلهم بالمطالبة وسأل المطلوب ان لا يجيبهم حتى يوكلوا واحدا او يحضروا جميعا لمخاصمته؛ اجيب الى ذلك.

المادة ٣٧ ـ اذا كان الحق لجمـاعة متعددين وقام بعضهم دون بعض وكان غير القائم حاضرا بالايالة ؛ فمن حق المطلوب ان يقول لا اخاصم حتى يوقف الحاضرون فاما ان يسلموا لي او يوكلوا واحدا او يحضروا جميعا .

المادة ٣٨ ـ اذا كان الحق لجماعة وقام بعضهم وكان غير القائم غائبا: فان كان القائم الحـاضر بالبلد واحدا أمر المطلوب ان يجيب واذا حكم للقائم فلا يقضي له إلّا بحقه ولا ينزع باقي الحق من يد المطلوب. اما اذا كان الحاضر بالبلد اكثر من واحد فللمطلوب جبر الحاضرين على توكيل واحد او الحضور جميعا او التسليم.

المادة ٣٩ ـ جمع ذوي الحق المشترك ليسلموا او يوكلوا واحدا او يحضروا جميعا للمخاصمة، على القائم لا على المطلوب

المادة ٤٠ ـ طلب ما في ذمة معين يلزم فيه بيان السبب الذي من اجله ترتب ما في ذمة المطلوب، فان لم يذكر المدعي السبب لزم الحاكم ان يسأله عنه، فان غفل الحاكم فمن حق المطلوب السؤال عن السبب، فان بين الطالب السبب لزم المطلوب الجواب. وان ابى الطالب من بيان السبب، فان ادعى النسيان قبل منه ولزم المطلوب الجواب، وان لم يدع نسيانا لم يسأل المطلوب عن شيء ولا يكلف بالجواب.

المطلب السادس ـ في تبعيض الدعوى

المادة ٤١ ـ لا يتخذ القول بتبعيض الدعوى او عدم تبعيضها امرا مطردا . بل يرجع في كل جزئية الى ما شهر في بابها .

المطلب السابع ـ في اضطراب الدعوى

المادة ٤٢ ـ اضطراب المدعي في دعواه موجب لسقوطها . ومن ذلك تحويل الدعوى في المدعى عليه او به، والادعاء لقدر ثم إدعاء اكثر منه، وادعاء الملك بالارث ثم بالشراء، وادعاء الاستحقاق بالحبسية ثم الملكية .

المادة ٤٣ ـ اذا رجع المدعي عن دعواه لعذر عادي، تسمع دعواه وعذره .

الفصل الثاني

في استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى - وفيه مباحث

المبحث الاول - في كيفية استدعاء المطلوب

المادة ٤٤ - يستدعى المطلوب للجواب طبق ما جاء به الامر العلي المؤرخ في ١٦ ربيع الاول سنة ١٣٥٦ وفي **٢٧ ماي سنة ١٩٣٧**

المادة ٤٥ - اذا كان المطلوب رشيدا يوجه الاستدعاء اليه. واذا كان محجورا فان كانت الدعوى غير مالية، وجه الاستدعاء إلى المحجور نفسه، وان كانت الدعوى دعوى في مال استدعي حاجره ان كان له ناظر، أما اذا لم يكن له ناظر فان القاضي يقدم من ينظر في اموره، وحينئذ يجري الخصام مع الناظر

المبحث الثاني - في حضور المطلوب وامتناعه من الجواب

المادة ٤٦ - اذا حضر المطلوب وامتنع من الاقرار والانكار. بان قال لا اجيب، أو لا أقر ولا أنكر، أو لا اجيبك حتى تبين لي هل ما تدعي علي برسم أو بغير رسم. عد ذلك انكارا فيقضي للمدعي بما ادعى بعد يمينه ان كان ما ادعاه من الحقوق التي تثبت باليمين. فان كان من الحقوق التي لا تثبت باليمين كلف المدعي البينة: واذا اقامها على الوجه المعتبر يقضى له.

المادة ٤٧ - اذا قال المطلوب لا ادري هل علي شيء مما يدعي، وجه القاضي عليه اليمين، فان حلف كلف الطالب باثبات حقه وان نكل عن اليمين جرى عليه حكم الملد عن الجواب.

المادة ٤٨ ـ تعليق المطلوب الجواب على اثبات الطالب اشياء لا تلزمه، يعتبر الداداعن الجواب ٠

المادة ٤٩ ـ اذا طلب المطلوب التاجيل على الجواب ليتثبت ويذكر، ضرب له اجل غير بعيد ٠

المادة ٥٠ ـ اذا طلب المطلوب ان لا يجيب حتى يوكل ، فان كانت الدعوى بسيطة سهلة أمر بالجواب في الحال ، وان كانت ذات فصول امهل وأجل ٠

المادة ٥١ ـ اذا قال المطلوب لا اجيب لانني اريد المحاكمة بين يدى القاضي الحنفي ، صرفت النازلة للحاكم الذي يريد المخاصمة عنده بناء على ماجاء به ترتيب دار الشريعة منَ ان الخيار للمطلوب ٠

المادة ٥٢ ـ اذا ندم المطلوب على التمسك واراد الرجوع الى التقاضى لدى القاضي الاول ، يمكن من ذلك ٠ وهكذا دواليك الى المرة الثالثة فلا يسعف فيها بطلبه (١) ٠

المادة ٥٣ ـ تمكين المطلوب من طلبه التقاضي لدى حاكم مذهب اخر، انما يلزم اذا لم يحصل منه جواب ٠ فان حصل منه جواب انقطع حقه في التمسك ، إلّا اذا اجاب وقال اثرجوابه هو متمسك بالمذهب الفلاني فانه يبقى على حقه في التمسك ٠

المادة ٥٤ ـ يقبل قول القاضي بالحاضرة ان المطلوب اجاب ٠

---

(١) هذا ما كان معمولا به قبل صدور المجلة الشرعية للمرافعات ٠ وصار الامر بعد صدورها ان لا يمكن من الرجوع عن تمسكه ٠

بخلاف قضاة الافاق فلا يقطع حق التمسك عندهم الا تسجيل الجواب كتابة .

المادة ٥٥ ـ اذا قال المطلوب لا اجيب حتى آخذ نسخة من المقال لاتامل فيه ، اجيب الى مطلبه ومكن من اخذ النسخة. وأجل على الجواب عن الدعوى بعد احضار النسخة بما يراه الحاكم، ويحسن ان يؤجل بثلاثة ايام اذا حضر المطلوب نفسه ، فاذا حضر وكيله زيد على الايام الثلاثة وروعي قرب بلد الموكل وبعده وما تستدعيه مفاهمة الوكيل مع موكله من الزمان .

المادة ٥٦ ـ اذا طلب احد المتخاصمين تمكينه من نسخة من المقال أو الجواب أو الشهادات والوثائق الاسترعائية وغيرها أو الاحكام ، اجابه القاضي الى مطلبه .

المبحث الثالث ـ في حضور المطلوب وجوابه بالاقرار

المادة ٥٧ ـ اذا حضر المطلوب واجاب عن الدعوى بالاقرار ، فالقاضي يشهد عدلين على اقراره ثم يحكم عليه . ولا يحكم عليه قبل الاشهاد على اقراره .

المادة ٥٨ ـ اذا حكم القاضي بمقتضى اقرار المطلوب قبل الاشهاد عليه ، وانكر المطلوب اقراره قبل الحكم عليه ، كان الحكم فاسدا .

المادة ٥٩ ـ اذا أقر المطلوب،فطلب المدعي تقييد اقراره بالشهادة، اجابه الحاكم . وللحاكم ان ينبه المدعي الى ذلك .

المبحث الرابع ـ في حضور المطلوب وجوابه بالانكار

المادة ٦٠ ـ اذا اجاب المطلوب بالانكار، يلزم ان يكون الانكار صريحا، ولا يكتفى منه بالانكار الضمني، ويلزم ان يكون بصيغة الجزم . واذا امتنع المطلوب من انكار الوجه الذي ذكره الطالب أو الاقرار به، عد كالممتنع من الجواب وجرى عليه حكم الملد.

المادة ٦١ ـ اذا انكر المطلوب ما ترتب بسببه شغل ذمته ، كانكار التزوج والطلاق في ادعاء المرأة شغل ذمته بنصف الصداق ، فاقامت المرأة بينة بالتزوج ثم الطلاق، فلا يقبل من الزوج بينة بقضائه اياه ، لانه اكذبها ، إلا اذا كان ممن يجهل ان الانكار للسبب يضره فيعذر .

المادة ٦٢ ـ محل قبول البينة التي اكذبها صاحبها لعذره بالجهل، الا لم يبين له ما يترتب على انكاره السبب من المضرة . اما اذا بين له ذلك واستمر على انكاره السبب، لم تسمع بينته.

المادة ٦٣ ـ الانكار الذي يفضي بصاحبه الى تكذيب بينته حتى يبطلها ، لا يعتبر في الحدود الشرعية(١) ولا في العقار ، فتقبل بينته التي كذبها انكاره اولا فيهما .

المادة ٦٤ ـ اذا اجاب المطلوب بأن المدعى فيه ليس بيده وانما هو بيد فلان ؛ طولب ببيان هل يدعي ان له فيه حقا ؛ فان نفى استحقاقه

---

(١) الحدود الشرعية هي زواجر عن الجنايات محددة ، بخلاف التعزير فانه موكول لاجتهاد الحاكم؛ وهل شرطه ان لا يصل الى الحد؛ او لا ؛ خلاف. والراجح عند المالكية انه يمكن تجاوزه الحد الشرعي

لشيء منه يسجل عليه ذلك ووجه الطالب الدعوى على ذي اليد .

المادة ٦٥ ـ اذا قال من بيده العقار ليس لي فيه شيء؛ هو حبس على اولادي أو هو ملك لفلان ؛ يؤمر المدعي بالادلاء ببينة انه له؛ لان الحائز لا ينازعه . فان اثبت المطلوب ما ادعاه؛ جرت الخصومة بين المدعي ومن ثبت انه له .

المادة ٦٦ ـ اذا حصل الجواب بالانكار فأراد الطالب الاعراض عن الدعوى ؛ فمن حق المطلوب ان يلزمه باتمام الخصومة الى ان تنتهي بالحكم . ويأمر الحاكم الطالب باتمام الخصومة ؛ فان ابى حكم القاضي بأن لاحق له .

المبحث الخامس ـ في تغيب المطلوب بعد انشاب الخصام

المادة ٦٧ ـ تغيب المطلوب في اثناء الخصام بعد استيفاء حججه بمنزلة الحضور، فيعجزه الحاكم ولا تسمع له بينة بعد .

المادة ٦٨ ـ تغيب المطلوب قبل استيفاء حججه لا يمنع من الحكم، ويمنع من التعجيز ؛ فيسمع ما يدلي به بعد الحكم .

المبحث السادس ـ في غيبة المطلوب عن ايالة القاضي

المادة ٦٩ ـ اذا لم يكن المطلوب من ايالة القاضي وكان غير حال بولاية القاضي ؛ يؤمر الطالب بالذهاب الى بلد المطلوب ليخاصمه لدى حكامه .

المادة ٧٠ ـ اذا كان المطلوب خارجا عن ايالة القاضي لزيارة أو

تجارة او نحوهما؛ وهو متوطن بمحل ولاية القاضي، او له مال بها، او وكيل، فالقاضي يتناول القضية.

المادة ٧١ ـ اذا كانت غيبة المطلوب قريبة، بأن كانت على مسافة ثلاثة أيام ونحوها مع الامن يكتب القاضي الى المطلوب اما ان يحضر او يوكل، ويضرب له اجلا يسع وصوله او وصول وكيله ويسع الطعن في البينة القائمة عليه. فاذا تمادى على المغيب ولم يجب بشيء حكم عليه وعجزه كالحاضر.

المادة ٧٢ ـ اذا كانت غيبة المطلوب بعيدة؛ اي على مسافة شهرين؛ او متوسطة، بأن كانت على مسافة عشرة ايام مع الامن؛ او ثلاثة مع الخوف؛ يحكم على الغائب بعد يمين القضاء من الطالب. وتسمع حجة الغائب اذا قدم. ويسمي الحاكم الشهود في سجل الحكم او في سجل مستقل يحفظ بالمحكمة ليمكن للغائب التجريح في الشهود بعد قدومه.

المادة ٧٣ ـ لا يحكم باستحقاق عقار الغائب في الغيبة المتوسطة.

المادة ٧٤ ـ يقام للغائب البعيد وكيل للاعذار وغيره ولا يعجز.

المادة ٧٥ ـ يلزم في الحكم ببيع مال الغائب اثبات موجبات البيع. فيلزم اثبات سبب البيع من نفقة او غيرها؛ واثبات غيبته؛ وانه اعذر اليه في القريبة فلم يقدم؛ وان هذا المبيع ملكه؛ وانه اولى ما يباع عليه؛ وانه تسوق به مدة شهرين، وانه لم يلف زائد في الثمن.

المادة ٧٦ ـ لا يحكم بالطلاق على الغائب حتى تثبت الزوجية؛ والغيبة؛ وسبب الطلاق من الاعسار بالنفقة او غير ذلك.

الفصل الثالث ـ في المدعي و المدعى عليه

وفيه مباحث ـ الاول في بيان المدعي و المدعى عليه

المادة ٧٧ ـ المدعي الذي يطالب بالبينة : من تجرد قوله عن الاصل والعرف . و المدعى عليه المطالب باليمين من عضده احدهما . فان شهد لاحدهما الاصل وللاخر العرف ؛ كان من شهد له العرف هو المدعى عليه .

المادة ٧٨ ـ الاصل براءة الذمة قبل تحقق عمارتها . و اذا تحققت عمارة الذمة فالاصل استصحاب تلك الحالة حتى يتحقق الرافع .

المادة ٧٩ ـ الاصل الصحة ؛ فزاعم المرض مدع خلاف الاصل فعليه البينة .

المادة ٨٠ ـ الاصل عدم العداء ؛ فاذا زاد المأذون له على ما اذن له فيه ؛ و ادعي عليه انه تعمد ذلك و انكر التعمد : فالقول قول المأذون له انه فعل ذلك خطأ .

المادة ٨١ ـ الاصل الجهل ، فالمدعي على غيره العلم بشيء ؛ فهو المدعي المطلوب بالبينة .

المادة ٨٢ ـ الاصل هو الفقر ؛ و الغالب هو الملاء ، فمن زعم الاعسار فهو المدعي فعليه البينة

المادة ٨٣ ـ الاصل في العقود الصحة ، فمدعي الفساد هو المدعي المطالب بالاثبات ، مالم يغلب الفساد فيكون القول قول مدعيه .

المادة ٨٤ - من استظهر برسم دين ممزق أو مقطوع الطرة أو سطر البسملة ، لم يفده شيئا للعرف بدلالة ذلك على البراءة من الدين .

المادة ٨٥ - القضاء بالملكية استنادا للحيازة ؛ من باب إعمال دلالة العادة اذا كان اصل المدخل مجهولا . أما إذا علم اصل المدخل فلا تنفع الحيازة ولو طال الزمن جدا .

المادة ٨٦ - لا تشهد الحيازة بالملكية للاجانب إلّا اذا كانت المدة عشر سنين فأكثر ، وكان التصرف بمثل الهدم لغير اصلاح ، والبناء الكثير والغرس في الدار والارض والاستغلال في غيرهما اذا كان الاجنبي شريكا . فان كان غير شريك اكتفى في التصرف بمثل سكنى الدار وزرع الارض .

المادة ٨٧ - لا تشهد الحيازة بالملكية الاقارب والاصهار والموالي الذين لا عداوة بينهم ؛ إلّا اذا زادت مدة التصرف على اربعين عاما . فان كان بينهم عداوة اعتبروا كالاجانب .

المادة ٨٨ - متى كان التصرف قويا جدا كالتفويت بالبيع والهبة والصدقة ؛ لم تشترط المدة الطويلة .

المادة ٨٩ - لا حيازة بين الاب وابنه ، إلّا أن يطول الامد الى ما تهلك فيه البينات .

المادة ٩٠ - اذا ادعى القائم على الحائز حيازة قاطعة انه لم يعلم حقه إلّا وقت القيام ؛ لم يقبل قوله .

المادة ٩١ ـ اذا ادعى القائم على الحائز حيازة قاطعة انه علم حقه ولكن لم يجد البينة إلّا وقت القيام : لم يقبل قوله .

المادة ٩٢ ـ اذا أجاب المطلوب المنكر دعوى القائم : بملكيته للمحوز وحيازته له لها الحيازة القاطعة : كلف المجيب باثبات الحيازة التي ادعاها . فان اثبتها وسلمت بينته من الطعن حكم له بالاستحقاق ؛ وان عجز حكم بتعجيزه، وكلف القائم بما يثبت استحقاقه .

المبحث الثاني

في تكليف المدعي باقامة البينة فيقر ان لا بينة له

المادة ٩٣ ـ اذا اجاب المطلوب بالانكار فطولب المدعي بالبينة فأقر ان لا بينة له؛ توجهت اليمين على المدعى عليه المنكر ان كانت الدعوى في مال او ما يئول اليه. ومن ذلك دعوى الحيازة، لانها تئول الى المال. فان كانت الدعوى لا تثبت إلّا بعدلين، فلا يمين بمجردها ؛ كدعوى الطلاق والنكاح والولاء والنسب والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والجرح والتعديل والشركة واسقاط الحضانة. اذ ليس اسقاطها مالا ولا ايلا اليه. فلا تتوجه اليمين فيه بمجرد الدعوى.

المادة ٩٤ ـ اذا وجد الطالب بينة بعد يمين المطلوب؛ فان كان علم بها لم تقبل منه. وصاحب البينة محمول على عدم العلم بها إلّا ان يثبت خلافه.

المادة ٩٥ ـ لا ينتفع المدعي ببينته التي لم يعلم بها بعد يمين المطلوب، إلّا اذا كانت بشاهدين. ولا يكفيه الشاهد واليمين .

المادة ٩٦ ـ اذا طلب المدعي من القاضي إحلاف خصمه؛ تاركا لبينته؛ فأمر القاضي المدعى عليه باليمين؛ فلما توجه للحلف ندم المدعي وطلب ان ياتي ببينته؛ لم يمكّن من ذلك.

المبحث الثالث

في تكليف المدعي باقامة البينة فيدعي ان بيد المدعى عليه ما يغنيه عنها

المادة ٩٧ ـ اذا طولب المدعي بالبينة فزعم ان بيد المدعى عليه ما يغنيه عن البينة؛ وطلب باحضار ما لديه من الحجج لتتصفح هل له فيها حجة؛ فامتنع المدعى عليه؛ لم يلزم المدعى عليه احضارها.

المبحث الرابع

في تكليف المدعي باقامة بينة فيزعم ان له بينة

المادة ٩٨ ـ اذا ادعى المدعي ان له بينة قريبة، فللمطلوب سؤال الحاكم تأجيله على احضارها.

المادة ٩٩ ـ يؤجل لاحضار البينة القريبة في ادعاء الاصول وفي الوراثات بشهر، وفي ادعاء غير الاصول والمواريث بواحد وعشرين يوما. والخيار للحاكم في جمعها او تفصيلها.

المادة ١٠٠ ـ اذا وقع الاجل مفصلا وانقضى الاجل الاول وغفل المدعى عليه عن المتأجل فلم يقم عليه إلّا بعد مدة تنتهي فيها الاجال المفصلة كلها، فان ايام الغفلة تحسب من الاجل ولا يزاد للمتأجل اجل اخر.

المادة ١٠١ ـ موت الحاكم أو تخليه عن الوظيف قبل انصرام الاجال لا يوجب استينـاف الاجل ممن ولي بعده . و كذلك موت احد الخصمين قبل انقضاء الاجل الذي ضرب له ، يكمل في حق الاخر او في حق ورثته .

المادة ١٠٢ ـ يؤجل لاحضار البينة البعيدة بثلاثة اشهر في الاصول وفي الوراثات .

المادة ١٠٣ ـ اذا سأل الطالب المدعي بينة بعيدة، تحليف خصمه المنكر، مستبقيا لنفسه الحق في القيام ببينته اذا حضر الشهود، اجيب الى مطلبه بشرط ان يسمي الشهود وان يحلف انه صـادق في دعوى البينة. فان ابى من تسمية الشهود لم يكن له ان يحلّف المطلوب إلّا على ان لا يقوم بحجة بعد.

المادة ١٠٤ ـ اذا سمى الطـالب الشهود الذين زعم غيبتهم فلم يشهدوا له او شهد غيرهم، بطل حقه ولم يكن له قيام على المطلوب.

المبحث الخـامس

في الاعذار المترتب على حضور البينة

المادة ١٠٥ ـ من ادلى ببينة على دعواه، يلزم القاضي ان يعذر فيها للخصم ، أي يسأله هل له ما يسقطهـا.

المادة ١٠٦ ـ اذا ادعى الخصم الشاهدة عليه بينة، ان له ما يسقطها اجله القاضي بشهر للادلاء بما يفيد اسقاطها.

المادة ١٠٧ ـ اسقاط البينة يكون اما باثبات مخرج منها، واما باثبات تناقض من شهودها لشهادتهم بما يناقض الشهادة المدلى بها، واما ببيان استحالة ما شهد به، واما بتكذيب المشهود له اياها لاشتمال مقاله على ما ينافي بعض المشهود به، واما بتجريح شهودها، واما بمعارضة البينة ببينة اخرى.

المادة ١٠٨ ـ القدح في الشهود اذا كانوا غير مبرزين، يكون بخصوص العداوة والقرابة.

المادة ١٠٩ ـ اذا وقع من شهود القدح ذكر قوادح متعددة في شهود البينة،لم يكن التجريح ساقطا.

المادة ١١٠ ـ الاعذار بمعارضة البينة ببينة اخرى،انما يعتبر اذا لم يمكن الجمع بينهما. اما اذا امكن الجمع بينهما فلا تعارض.

المادة ١١١ ـ البينتان اذا تعارضتا وتعادلتا، تساقطتا. وان وجد ما يرجح احداهما على الاخرى عمل بالبينة الراجحة.

المادة ١١٢ ـ الترجيح يكون بذكر سبب الملك في احدى البينتين واهماله في الاخرى، وبذكر التاريخ في احداهما دون الاخرى، وبزيادة عدالة شهود احداهما على الاخرى. لكن الاخير في خصوص المال وما يئول اليه.

المادة ١١٣ ـ تقدم البينة الناقلة على المستصحبة، والمثبتة على النافية، وبينة الصحة على بينة المرض، وبينة الاكراه على بينة الطوع، وبينة السفه على بينة الرشد، وبينة اليسر على بينة العسر، وبينة الجرح على

بينة التعديل ؛ و بينة الكفاءة على بينة عدمها؛ و بينة البلوغ على بينة الصبا ، والبينة ذات الشاهدين على البينة ذات الشاهدين واليمين وذات الشاهد والمرأتين ؛ والبينة المفصلة على البينة المجملة .

المادة ١١٤ ــ اذا تكافأت البينتان فيما لا يعلم اصله ؛ بقي الشيء بيد حائزه من المتداعين مع يمينه . و ان كان فيما عرف اصله ككونه بالارث من فلان؛ و أقام كل البينة على انه وارثه؛ قسم بينهما.

المادة ١١٥ ــ اذ تكافأت البينتان وسقطتا و كان المتنازع فيه في يد ثالث ؛ فان اقر به لواحد منهما فهو للمقر له بيمينه ؛ و ان اقر به لغيرهما او لم يدّعه لاحد ؛ كان بينهما ، ولا يعتبر قوله، لاسكوته و ان ادعاه لنفسه فهو له .

المــادة ١١٦ ــ يلزم ان يكون الاعذار قبل الحكم . والحكم بدونــه باطل .

المادة ١١٧ ــ اذا ادعى المحكوم عليه ان القاضي لم يعذر اليه او لم يؤجله ، قبل قول القاضي في انه فعل ذلك .

المــادة ١١٨ ــ لا اعذار في الموجهين من قبل الحاكم اما للاعذار للغائب عن مجلس الحكم كالمريض والمسجون ؛ او لبيان حدود العقار ، او لحضور اليمين ، او لتطليق المرأة و أخذها بشرطها ، او لغير ذلك .

المــادة ١١٩ ــ شاهدا الاعذار على الخصم الحاضر ، ان اديا في ذلك المجلس فلا اعذار فيهما ، و إلّا اعذر فيهما .

المبحث السادس
في العقلة

المادة ١٢٠ ــ لا تقع العقلة بمجرد الدعوى .

المادة ١٢١ ــ اذا طالب الخصم عقلة الحيلولة ، يجاب الى مطلبه اذا قامت له الشهادة بعدلين على الملكية وبقي الاعذار فيهما ، او بمجهولين احتاجا الى التزكية .

المادة ١٢٢ ــ عقلة الحيلولة هي رفع يد المتصرف ووضع المتنازع فيه تحت يد امين .

المادة ١٢٣ ــ عقلة دور السكنى المتخذة للسكنى لا للكراء توجب اخلاءها من امتعة المتصرف فيها .

المادة ١٢٤ ــ عقلة ما له غلة كالبساتين ، وما له خراج كالحوانيت ودور الكراء ، تقتضي جمع المتحصل من بيع الغلة ومن الكراء وبقائه تحت يد الامين الى ان يقع الحكم فيه فيدفع لمستحقه .

المادة ١٢٥ ــ عقلة الارض ، بكرائها ووضع الكراء تحت يد امين .

المادة ١٢٦ ــ اذا وقعت عقلة الحيلولة وكان المتنازع فيه جميع الاصل ، وقف الكراء كله . وان كان النزاع في جزء منه ، وقف ما فيه النزاع فقط .

المادة ١٢٧ ــ عقلة عدم التفويت والتغيير ، تكون بشهادة الواحد المرجو العدالة وبشهادة غير العدول .

المبحث السابع

في التعجيز

المادة ٢٨ - اذا انتهى الاجل المضروب لاحضار البينة او للطعن فيها ، فالقاضي يحكم بتعجيز المؤجل ، أي علم قبول ما يأتي به من البينات ٠

المادة ١٢٩ - لا تعجيز في الحقوق التي اذا ثبتت لا يجوز اسقاطها كاثبات الحبسية ، و اثبات الطلاق ، و اثبات النسب ، و اثبات تجريح الشاهدين بالقتل ، و اثبات العتق ٠

المادة ١٣٠ - اذا وقع التعجيز لاعتراف المدعي بالعجز عن البينة او لمضي الاجل المضروب لاحضارها، لم تقبل من المعجز بينة ٠

المادة ١٣١ - يعجز الوصي في حق محجوره اذا مضى الاجل لاحضار البينة ٠ وليس للوصي ان يعترف بالعجز عن البينة ٠



الباب الثاني

في مستند الحكم ـ وفيه فصول

الفصل الاول ـ في اليمين ـ وفيه مباحث

المبحث الاول ـ في صيغتها

المادة ١٣٢ ـ صيغة اليمين الواجبة في القضاء ، بالله الذي لا اله إلّا هو. ولا يكفي غير ذلك .

المادة ١٣٣ ـ اذا حلف من توجهت عليه اليمين ؛ بالطلاق ؛ باقتراح ممن توجهت له ؛ ثم ندم وقال لا اكتفي بها ؛ فان قام بالفور فله ذلك ؛ وان قام بعد الطول فلا مقال له .

المادة ١٣٤ ـ تكون اليمين على البت ؛ ان ادعى لنفسه او لمورثه شيئا ، او نفى عن نفسه . وتكون على نفي العلم ؛ ان نفى عن غيره

المبحث الثاني

في الكيفية التي يكون عليها الحالف عند اليمين

المادة ١٣٥ ـ يلزم اذا كان الحق ربع دينار او ثلاثة دراهم فأكثر ؛ أي قرامات تسعة ؛ او ما تساوي قيمته احدهما ؛ ان يكون الحالف ءاتيا باليمين من قيام، وان يكون مستقبل القبلة .

المبحث الثالث

في مكان اليمين

المادة ١٣٦ ـ يحلف من توجهت عليه اليمين في اقل من ربع

دينار ؛ في مكانه . وفي ربع دينار فأكثر ؛ في الجامع . فان ابى ان يحلف فيه ، عد ناكلا.

المادة ١٣٧ — اذا سأل المحلوف له مسجدا آخر يعظمونه ؛ اجيب الى مطلبه .

المادة ١٣٨ — اذا طلب الخصم تحليف الحالف على المصحف او بأضرحة الصالحين ؛ اجيب الى ذلك .

المادة ١٣٩ — اذا لم يكن للخصوم جامع يحلف من توجهت عليه اليمين الى الجامع الذي بينه وبين منازلهم مسافة ثلاثة اميال فأقل . فان كانوا على مسافة ابعد ، حلف الحالف في مكانه .

المادة ١٤٠ — اذا ادعى من توجهت عليه اليمين عجزه عن الخروج للجامع لمرض ؛ فان اثبت ذلك ببينة حلف ببيته . وان لم يثبته ؛ حلف لا يقدر على الخروج لا راجلا ولا راكبا ؛ وخير المدعي في تحليفه ببيته او تأخيره لصحته . فان نكل لزمه الخروج او قلب اليمين .

المادة ١٤١ - من حلف في الجامع بغير حضرة الخصم، ولو بحضور عدلين يلزمه ان يعيد اليمين بحضرة الخصم . إلّا اذا تغيب المحلوف له بعد الحكم له بها وأقام القاضي له وكيلا يقتضيها ؛ فلا حجة له حينئذ ؛ وتكفي الخصم اليمين بمحضر الوكيل المقام .

المادة ١٤٢ - اذا طلب احد الخصمين تعجيل اليمين وطلب الآخر تأخيرها ؛ اجيب طالب التعجيل لمطلبه .

المادة ١٤٣ ـ اذا كانت المرأة ممن لا تخرج لا ليلا ولا نهارا وتوجهت عليها اليمين ، يبعث القاضي شاهدين يشهدان على يمينها ان كانت مطلوبة . فان كانت طالبة خرجت للجامع ليلا .

المادة ١٤٤ ـ اذا حلفت المرأة ببيتها، قضي للخصم بحضوره، ويبعد عنها اقصى ما يسمع صوتها ولا يرى شخصها .

المادة ١٤٥ ـ اذا كانت المرأة تخرج في مصالحها نهارا ، تخرج لليمين نهارا . واذا كانت لا تخرج إلّا ليلا ؛ تخرج لليمين ليلا، طالبة اومطلوبة .وتحلف بحضرة الخصم، فان ابت هي وزوجها من حضوره، فانه يبعد عنها لاقصى المسجد بقدر ما يسمع يمينها .

المادة ١٤٦ ـ اذا وقع التنازع في كونها ممن تخرج ؛ فعليها الاثبات انها من اهل الحجاب ؛ وأنها ممن يحلف ليلا .

المادة ١٤٧ ـ اذا وجبت اليمين لورثة رشداء ؛ وحلف الحالف لبعضهم؛ فان كان الحلف بأمر القاضي؛ لم يكن لبقية الورثة ان يحلفوه ثانية. وان كان بغير امره ، فكل من قام منهم يحلفه.

المادة ١٤٨ ـ اذا اقام غير من احلفه بينة ؛ عمل بها في حقه فقط، ولو كان عالما بها حين حلّف القاضي المدعى عليه لغير مقيمها

المبحث الرابع

في اقسام اليمين

المادة ١٤٩ ـ يمين التهمة . هي التي تتوجه لرد دعوى غير محققة على المدعى عليه .

المادة ١٥٠ ـ يمين التهمة تتوجه على المتهم وغيره. اذا لم يثبت المنكر أن هنـاك عداوة بينه وبين خصمه ويقصد بيمينه احراجه.

المادة ١٥١ ـ لا يحلف المتهم بما ضاع اوسرق ؛ إلّا بعد ان يحلف المدعي انه قد ضاع الشيء المدعى ضياعه او سرق ؛ ان انكر المتهم ان يكون قد ضاع له شيء او سرق.

المادة ١٥٢ ـ اذا نكل المتهم عن اليمين؛ غرم بمجرد نكوله ، ولا يطلب المدعي بالحلف على ما أدعى.

المادة ١٥٣ ـ يمين القضاء ؛ تتوجه في الدعوى على الغائب والميت واليتيم والمساكين والاحباس وكل وجه من وجوه البر وبيت المال وعلى من استحق شيئا من الحيوان.

المادة ١٥٤ ـ يحلف من توجهت عليه يمين القضاء في الديون : انه ما قبض حقه ولا شيئا منه ولا احاله ولا اسقطه ولا سقط عن الميت بوجه من الوجوه.

المادة ١٥٥ ـ اذا دفع الولي الدين قبل يمين القضاء ، ضمن ان تعذرت يمين القابض للدين.

المادة ١٥٦ ـ يلزم الدائن يمين القضـاء اذا مات المدين ، وكان في ورثته قاصرون . وكذا اذا كانوا كلهم رشداء وأقروا بالدين وأرادوا الدفع بحكم حاكم.

المادة ١٥٧ ـ لا تجمع يمين القضاء مع اليمين المتممة للنصاب لقيام شاهد واحد.

المادة ١٥٨ - يجوز الصلح عن يمين القضاء . اذا عرفت عزيمة الطالب على الحلف بقرائن الاحوال . ويتوقف المقدم في الصلح عنها : على اذن القاضي .

المادة ١٥٩ - اذا كان الدين لميت على ميت ، توجهت يمين القضاء على ورثة الطالب انهم لا يعلمون ان مورثهم قبضه ، ولكن يحلف من الورثة الكبار والزوجة ، لا الصغار .

المادة ١٦٠ - تسقط يمين القضاء . اذا اوصى الميت بقضاء دينه من ثلث مخلفه ، او اوصى بتصديق رب الدين ، او وجبت على مسجد او غيره من الاحباس التي لا يمكن فيها الاداء ، او اقر الميت بشيء معين من عرض أو غيره من قراض أو وديعة.

المادة ١٦١ - اذا توجهت يمين القضاء على غير الرشيد ، يعجل الحق وتؤخر اليمين الى الرشد ، فاذا رشد طلب بالحلف ، فان حلف بقي الشيء بيده ، وان نكل رد الحق الى من اخذ منه.

المادة ١٦٢ - اذا كان الحق على ميت او غائب ، وكان رب الدين اشترط انه مصدق في عدم قبض حقه ، عمل على الشرط مطلقا ، فلا تتوجه اليمين .

المادة ١٦٣ - يمين الانكار . هي اليمين المتوجهة لرد دعوى مالية محققة ، اذا عجز المدعي عن الاستظهار بالبينة.

المادة ١٦٤ - لا يشترط في توجيه يمين الانكار ، ثبوت الخلطة بين المتداعيين .

المادة ١٦٥ ـ لا يحلف المطلوب يمين الانكار إلّا على ما ادعاه الطالب، ولا يكتفى بما ينفي دعواه تضمنا او التزاما .

المادة ١٦٦ ـ اذا امتنع من توجهت عليه اليمين لاخذ مال، من الحلف حتى يحضر المال، اجيب الى ذلك.

المادة ١٦٧ ـ اذا توجهت اليمين على المطلوب المنكر للدعوى؛ فالتزم الحلف، ثم بدا له ان يقلب اليمين على المدعي، لزمه ما التزمه، ولم يكن له قلب اليمين .

المادة ١٦٨ ـ اذا توجهت اليمين على المطلوب ؛ فقلبها على خصمه، ثم بدا له واراد ان يحلف، فليس له ذلك .

المادة ١٦٩ ـ اذا رضي من خصمه باليمين ؛ ثم رجع وقال آتي بالبينة، لم يكن له ذلك .

المادة ١٧٠ ـ من حق الحالف ان يطلب ممن توجهت له اليمين ان يجمع مطالبه ليحلف يمينا واحدة، اذا كان ذلك في غير ميراث.

المادة ١٧١ ـ لا تجمع يمين الانكار مع يمين الرد، بل لا بد من يمينين مفترقتين .

المادة ١٧٢ ـ لا تعجل يمين الانكار او التهمة على السفيه؛ ويستأنى رشده .

المادة ١٧٣ ـ اذا ادعى السفيه دعوى ؛ فنكل المطلوب عن اليمين، حلف السفيه واستحق الحق.

المادة ١٧٤ ـ لا يحلف الصغير الذي شهد له شاهد بحقه في الدعاوي المالية وما يئول اليها، ويؤمر المطلوب باليمين اذا انكر، فان نكل، حكم للصبي في الحال، ولا يمين عليه بعد بلوغه. وان حلف وقف الشيء الى بلوغه، فان حلف بعد البلوغ، استحق وان نكل اخذه المطلوب.

المادة ١٧٥ ـ يحلف السفيه مع الشاهد له ويستحق. فان نكل، حلف المطلوب وبقي الشيء بيده الى الرشد، فيحلف المرشد ويستحق.

المادة ١٧٦ ـ تلزم الاب اليمين في الدعوى على ولده، اذا قام للاب شاهد بحقه، او نكل الابن عن اليمين وردها على الاب.

المادة ١٧٧ ـ اذا طلب الاب من ابنه ان ينفقه لعدمه، فأنكر الابن العدم، فأثبته الاب، قضي له بالنفقة دون يمين.

المادة ١٧٨ ـ من له ديون مؤجلة فأراد سفرا ووكل وكيلا على اقتضائها وسأل من القاضي ان يمكنه من الحلف على بقاء تلك الديون في ذمم المدينين، مكن من ذلك على ما به القضاء بتونس. وتسمى هذه اليمين يمين رغبة.

الفصل الثاني

في الاقرار ـ وفيه مباحث

المبحث الاول ـ في شروط صحته

المادة ١٧٩ ـ شروط صحة الاقرار ان يكون المقر بالغا، مكلفا،

رشيدا، طائعا، لم يكذبه المقر له، ولم يتهم المقر في اقراره، وكان الاقرار لقابل التمليك.

المادة ١٨٠ ـ الاقرار في الصحة نافذ صحيح، اذا كان المقر به في الذمة، او معينا لا يعرف ملك المقر له. فان اقر بما يعرف ملك المقر له، جرى مجرى الهبة، ان حاز ذلك المقر له في صحة المقر جاز: وإلّا لم يجز. لا فرق في ذلك بين المقر له الوارث وغيره.

المادة ١٨١ ـ لا يعتبر اقرار البائع في ثبوت التوليج (اي كون البيع صوريا غير حقيقي) وانما يعتبر اقرار المشتري ان الشراء لا اصل له، وانما هو عطية.

المادة ١٨٢ ـ اذا ثبت التوليج باقرار المشتري او بالبينة، رد البيع ان لم يقبض المشترى المبيع حتى حصل مانع من موت او تفليس. فان قبضه المشتري قبل حصول المانع مضى.

المادة ١٨٣ ـ اذا اشترى الاب لابنه الصغير ربعا، وأقر ان المال للابن، مضى ذلك للابن مطلقا.

المادة ١٨٤ ـ اذا اشترى الاب لابنه الصغير بمال أقر انه وهبه له، صح ما اشتراه للابن؛ ولو لم يقبض الابن المبيع.

المبحث الثاني
في الاقرار بنسب او وارث

المادة ١٨٥ ـ اذا اقر انسان أن فلانا ابن عمه؛ لا وارث له

غيره واشهد بذلك ثم مات ؛ لا يثبت النسب بهذا الاقرار ؛ وانما له المال بعد التأني ، فان لم يأت له طالب أخذه المقر له مع يمينه .

المادة ١٨٦ ـ اذا رجع المقر بوارث عن اقراره . منع رجوعه من ان يرثه المقر له .

المادة ١٨٧ ـ اذا اقر احد الورثة بوارث آخر ، يكون للمقر له من المقر ما أخذه زائدا على تقدير صحة الاقرار .

المبحث الثالث

في الاقرار بالحبسية

المادة ١٨٨ اذا أقر الورثة بحبس لزمهم ذلك. ويكون محبسا عليهم على حسب ما اقروا به، إلّا ان يظهر كتاب الحبس يوما ما ويكون فيه خلاف ما اقروا به من المرجع والتعقيب، فينتقض اقرارهم في ذلك. وان شركهم احد في الميراث لم ينفذ اقرارهم إلّا في حصصهم فقط . ويلزم المنكر اليمين بالله انه لا يعلم ان مورثه حبس عليهم شيئا ، وليس له رد اليمين.

المبحث الرابع

في الاقرار بالمجمل

المادة ١٨٩ ـ اذا اقر الزوج الصحيح بأن جميع ما في بيته لامرأته وأشهد بذلك ؛ قضي به للزوجة بعد يمينها انه لها.

المادة ١٩٠ ـ اذا اقر الزوج وهو مريض ان جميع ما في بيته

لزوجه ؛ اخذت ما كان من زيها بغير يمين ؛ اما مـا كان من غير زيها فلا تأخذه إلّا بيمين .

المبحث الخـامس

فيما يقبل فيه رجوع المقر عن اقراره

المادة ١٩١ ـ يقبل الرجوع عن الاقرار، اذا اعتذر بمـا هو عذر عادي ، كالمرأة تدعي ان زوجها طلقها ثلاثا فيكرها ثم يخالعها فتريد نكاحه بعد ذلك وتقول اقراري بالطلاق الثلاث لاتخلص منه ، فانه يقبل قولها وتمكن من نكاحه. وكذلك المرأة تطلق ثم تدعي الحمل ثم ترجع عن ذلك معتذرة بأنها قالت ذلك ليراجعها، فانها تصدق .

الفصل الثـالث

في الابـراء

المادة ١٩٢ ـ الابراء من المعين اسقاط للمطالبة به . وما يعرف اصله للمبريء يكون حكمه حكم الهبة . فان حيز قبل حصول المـانع وإلّا بطل .

المادة ١٩٣ ـ الابراء بصورة عامة لا يشمل الربع فيحتاج الربع الى التنبيه عليه بخصوصه ؛ ويتناول المعين وغيره .

المادة ١٩٤ ـ اذا ابرأ الانسان آخر من قليل الاشياء وكثيرها فالتزم آخر جميع ما التزمه الاول، ثم ذهب الى انه لم يقصد إلّا اشياء

معينة ؛ لم يلزم الملتزم إلّا ما نص عليه وفسره، بعد يمينه انه ما التزم من الابراء إلّا ما نص عليه. وله رد اليمين على المبرأ.

المادة ١٩٥ ـ اذا جرى الابراء العام على سبب، وادعى المبرئ انه قصد بالتعميم التعميم فيما هو السبب، قبل قوله.

المادة ١٩٦ ـ اذا وقع ابراء عام؛ ثم قام المبرئ يدعي حقا واقام بينة عليه، فان علم تقدم البينة على البراءة او جهل لم تقبل البينة، وان علم ببينة ان الحق المدعى به بعد الابراء؛ قبلت البينة.

المادة ١٩٧ ـ اذا عقد انسان انه لم يخلف عند قريبه او عند ورثته مالا ولا عرضا ولا ناضا، توجهت اليمين على المبرئ اذا اتهم في ذلك.

الفصل الرابع
في الاسقاط

المادة ١٩٨ ـ من اسقط حقا من حقوقه، لزمه الاسقاط اذا كان اهلا للتبرع به؛ وكان ذلك بعد وجوب الحق.

المادة ١٩٩ ـ ليس للمسقط حقا، الرجوع فيه إلّا اذا كان هناك عذر قوي؛ كما اذا اسقطت الزوجة حقها في القسم لها، فلها الرجوع متى شائت.

المادة ٢٠٠ ـ اسقاط الشريك حقه في الشفعة قبل البيع لا يلزم.

المادة ٢٠١ ـ من اسقط ارثه من مورثه او وهبه لشخص آخر،

فان كان بعد موت مورثه او حال مرضه المخوف الذي مات فيه، لزمه ولم يكن له رجوع إلّا اذا ظن انه يسير ثم بان انه كثير ، فيحلف على ذلك ولا يلزمه. وان كان في صحة مورثه لم يلزمه؛ وكان له الرجوع.

المادة ٢٠٢ ـ اذا وهب الوارث ميراثه لمورثه، فان لم يقض المورث فيه بشيء حتى مات رجع للوارث . وان قضى فيه بشيء جرى على وزان اجازة الورثة الوصية بأكثر من الثلث ؛ فلا يلزم إلّا اذا كان ذلك في المرض المخوف الذي اتصل به الموت ؛ وكان الواهب رشيدا ؛ ليس في نفقة الميت ، ولا له عليه دين ؛ ولا سلطان.

المادة ٢٠٣ ـ اذا اشترط الزوج لزوجته، ان تزوج عليها او اخرجها من بلدها فأمرها بيدها ؛ فأسقطت الشرط واباحت له التزوج؛ فان كان الاسقاط بقرب ارادة فعل الزوج؛ لزمها الاسقاط ولا رجوع لها . وان تراخى فعل الزوج ؛ كان لها الرجوع فيما اباحت له .

المادة ٢٠٤ ـ اذا ابرأت الزوجة زوجها من الصداق في نكاح التفويض قبل البناء وقبل ان يفرض لها ؛ لم يلزمها .

المادة ٢٠٥ ـ اذا اسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل ؛ لزمها الاسقاط .

المادة ٢٠٦ ـ اذا اسقطت المرأة حقها في الحضانة ؛ فان كان الاسقاط بعد وجوب الحضانة لها ، لزمها الاسقاط ، وإلّا لم يلزم

المادة ٢٠٧ ـ اذا اسقطت الزوجة حقها في الحضانة حال العصمة ، لزمها الاسقاط .

المادة ٢٠٨ ـ اذا خالع الزوج زوجته على اسقاط حضانتها وهي حامل ؛ لزمها الاسقاط .

المادة ٢٠٩ ـ اذا اسقط مستحق في وقف حقه من الحبس ، لزمه الاسقاط . ولا يعمل هذا الاسقاط بالنسبة لمن ينتقل اليه الحق من ورثته بمقتضى نص الواقف . واذا كان الاسقـاط لمعين ، يختص به المسقط له . واذا كان لغير معين ، لا يختص به واحد من المستحقين دون آخر .

الفصل الخـامس

في الالتـزام ـ وفيه مباحث

المبحث الاول

في الالتـزام المطلق

المادة ٢١٠ ـ من التزم شيئا من المعروف لزمه . وقضي به على الملتزم ان كان الملتزم له معينا ، ولم يحصل للملتزم مـانع من موت او تفليس او مرض مخوف قبل حوز الملتزم له . فان حصل المانع بعد الحوز، نفذ الالتزام . اما اذا كان الملتزم له غير معين ، فلا يقضى بالالتزام ان امتنع الملتزم.

المادة ٢١١ ـ من التزم انفاق شخص معين، لزمه المطعم والملبس، إلا اذا قال اردت الاطعام خاصة ، فانه يصدق بدون يمين . وكذا اذا

انفق مدة معينة كشهر وقـال هذا الذي اردت ، وطاب الملتزم له مدة حياته ، فان الملتزم يصدق .

المادة ٢١٢ ـ اذا طاع الزوج بنفقة ولد زوجته أمد الزوجية ، جاز بعد العقد . ومنع اذا كان في العقد ، ويفسخ النكاح حينئذ قبل البناء ، ويثبت بعده بصداق المثل ، ويبطل الشرط .

المادة ٢١٣ ـ من تزوجت رجلا على ان ينفق على اولاها من غيره اجلا معلوما ، او تطوع الزوج بعدالعقد بالانفاق عليهم مدة الزوجية ، وارادت الرجوع بذلك على ابيهم ، فان كتب ذلك للولد ، فلا رجوع على ابيهم بشيء وللاب ان يمتنع من انفاق زوج امهم على اولاده .

المادة ٢١٤ ـ اذا خالع الزوج زوجته على ان التزمت له مئونة الحمل ان ظهر بها ، او مئونة الحمل الظاهر جاز . وان التزمت مع ذلك ارضاع الولد ومئونته الى فطامه ، جاز ولزمها . فان ماتت اخذ من تركتها ، ويوقف منها قدر مئونة الابن الى انقضاء المدة . فان ولدت توأمين لزمها ارضاعهما . فان مات الولد في اثناء المدة فلا شيء للاب .

المادة ٢١٥ ـ اذا اعدمت الام في خلال المدة التي التزمت بانفـاق الولد فيها ، تعود النفقة على الاب . ثم ان ايسرت ، رجعت النفقة عليها . ويتبعها الوالد بما انفق على ابنه مدة عدمها

المادة ٢١٦ ـ اذا اشهدت الام الملتزمة انفاق الولد ، انها موفورة المال وانها متى اثبتت انها عديمة فذلك باطل ، لم تنتفع بما يشهد لها من العدم حتى يشهد بمعرفة ذهاب مالها الذي اقرت به ، إلّا اذا كانت

معلومة بالاعسار والعدم ، بحيث يشهد بذلك غالب من يعرفها ، ويغلب على الظن ان ما اشهدت به من الوفور كذب محض ، فلا يلتفت حينئذ الى ما اشهدت به ويلزم الاب الانفاق .

المادة ٢١٧ ـ من اوصى ، والتزم في وصيته عـدم الرجوع ؛ لم يلزمه الالتزام وله الرجوع ، إلّا اذا اشهد في التزامه انه كلما رجع كان رجوعه تجديدا للوصية وتأكيدا لها ، فليس له الرجوع حينئذ .

المادة ٢١٨ ـ اذا التزم الواهب الذي له الاعتصـار ، عـدم الاعتصار ، لزمه ذلك .

المبحث الثـاني

في الالتـزام المعلق

المادة ٢١٩ ـ اذا علق الملتزم التـزامه على فعله شيئـا ، وقصد بالالتزام الامتناع ، لم يقض عليه به . واذا قصد بالالتزام حصول الفعل ، قضي عليه بالالتزام . ان كان الملتزم له معينا . ولم يقض عليه به ، ان كان الملتزم له غير معين .

المادة ٢٢٠ ـ اذا اشترط احد الخصمين لصاحبه ان لم يحضر معه مجلس القضاء في اجل كذا فدعواه باطلة او دعوى خصمه حق ؛ الغي هذا الالتزام . ولا يوجب التغيب حقا لم يجب ولا يسقط حقا قد وجب .

المادة ٢٢١ ـ اذا قال احد الخصمين ان لم آت بالبينة او بمستند

في وقت كذا فدعواي باطلة او دعوى خصمي حق ، لم يلزم هذا الالتزام ولا يصح الحكم به .

المادة ٢٢٢ ـ من خالعت زوجها على شيء وعلى انها ان تزوجت قبل انقضاء عام من تاريخ الخلع فعليها الف درهم ؛ فالخلع جائز والشرط باطل ؛ ولها ان تتزوج قبل العام ولا يقضى عليها بشيء .

المادة ٢٢٣ ـ من قال لزوجته ان ولدت غلاما فلك كذا ؛ فاذا ولدت غلاما يلزمه ما التزمه ويقضى عليه به .

المادة ٢٢٤ ـ اذا قال الشخص للحاضنة ان اسقطت حقك من الحضانة فلك كذا ؛ فاسقطت حقها ؛ يلزمه الالتزام .

المادة ٢٢٥ ـ اذا اعطت الزوجة زوجها على لا يتزوج عليها ؛ او وضعت له شيئا من صداقها لذلك ، فاذا تزوج عليها فلها ان ترجع عليه ، سواء أكان التزوج بالقرب ام بالبعد .

المادة ٢٢٦ ـ اذا اعطت الزوجة زوجها شيئا على ان يطلق ضرتها، فطلقها ثم اراد ان يراجعها ، فان كان ذلك بالقرب ، كان لها ان ترجع عليه ، وان كان بالبعد لم يكن لها ذلك .

المادة ٢٢٧ ـ اذا اخذ الرجل من زوجته مالا على ان يمسكها ، ثم فارقها ، فان كان فراقها بقرب العطية ، كان لها ان ترجع وان كان بالبعد ، لم يكن لها الرجوع .

المادة ٢٢٨ ـ من التزم لاجنبي بمال على ان يطلق زوجه ؛ فطلق ؛

والقصد من الالتزام اسقاط النفقة الواجبة في العدة للمطلقة على مطلقها ؛ يبطل الالتزام ويقع الطلاق رجعيا .

الفصل السادس

في الشهادات ـ وفيه مباحث

المبحث الاول

في شروط قبول الشهادات وذكر موانعها

المادة ٢٢٩ ــ الشاهد حال تحمله الشهادة ؛ يشترط فيه التمييز والضبط . وحال ادائه الشهادة ؛ يشترط فيه العقل والبلوغ والحرية والاسلام والعدالة والرشد .

المادة ٢٣٠ ــ موانع قبول الشهادة ست ـ ـ ١ ـ التغفل ـ ٢ ـ وتأكد القرابة ـ ٣ ـ وتهمة جر النفع للشاهد ؛ او دفع الضرر عنه ٤ ـ والعداوة الدنيوية ـ ٥ ـ والحرص على ازالة النقص؛ او على الاداء ٦ ـ والاستبعاد .

المبحث الثاني

في تقسيم الشهادة الى اصلية واسترعائية وما يلزم في كل منهما

المادة ٢٣١ ــ الشهادة الاصلية هي الشهادة بما يمليه المشهود عليه على الشاهد ؛ وتسمى الان حجة رسمية . والشهادة الاسترعائية هي شهادة الشاهد بما في علمه .

المادة ٢٣٢ ـ شهادة الاصل يشترط فيها معرفة الشاهد للمشهد، او التعريف به من غيره. والاصل ان يكتفى في التعريف بمن يحصل العلم بخبره ولو امرأة او صبيا اذا انتفت الريبة. لكن للاحتياط صدرت التراتيب بلزوم أن يكون المعرف رجلين؛ وأن يمضي المشهد والمعرفان على الشهادة التي تكتب بدفتر الشاهد.

المادة ٢٣٣ ـ يقوم مقام التعريف، الورقة الرسمية المعروفة ببطاقة الحالة الشخصية، عند الاضطرار.

المادة ٢٣٤ ـ اذا أكذب المعرف الشاهد في التعريف بطلت الشهادة.

المادة ٢٣٥ ـ لا تكون الشهادة الاصلية حجة إلّا فيما سيق للاشهاد؛ وما تضمنه الرسم من غير ذلك لا يصلح الاحتجاج؛ إلّا اذا ضمن الشهود شهادتهم به؛ او قالوا ان ذلك برسم وقف عليه شهيداه يتضمن كذا وكذا: وأتوا بما لا بد منه في شهادة الوقوف.

المادة ٢٣٦ ـ شهادة الوقوف (ويعبر عنها في القديم بمعاينة الرسوم) هي معاينة الشهود للرسوم ومعرفتهم لخطوطها واحاطتهم علما بما تضمنته.

الماد ٢٣٧ ـ شهادة الوقوف بالمعنى المتقدم يحكم بها اذا اداها الشهود لضياع الرسوم.

المادة ٢٣٨ ـ قول الموثق في الشهادة الاصلية شهد بحال صحة وطوع وجواز؛ امر يدل على الصحة والطواعية ولا يدل على الرشد.

بخلاف قوله: وهو بحال كمال ؛ فيدل على الطوع والرشد.

المادة ٢٣٩ - يلزم في الشهادة الاصلية ؛ في التبرعات ؛ تصريح الموثق بالاشهاد ؛ بأن يقول الموثق اشهد فلان انه وهب او تصدق او يقول في فاتحة الوثيقة ؛ وهب او تصدق ويقول في اخرها ؛ وشهد على اشهاده بذلك ، فان لم يصرح بالاشهاد بطلت الوثيقة.

المادة ٢٤٠ - يلزم في البينات الاسترعائية بيان مستند العلم في الشهادة . فان تعذر البيان لموت الشهود او غيبتهم. بطلت الوثيقة .

المادة ٢٤١ - يلزم في بينة الاراثة ان يذكر الشهود انحصار ارث المتوفى في الاشخاص الذين يعينونهم ، وأن يذكروا عدم علمهم بوارث سواهم .

المادة ٢٤٢ - يلزم في البينة الشاهدة بأن العاصب للميت فلان ؛ ان يذكروا الجد الجامع ، وإلّا كانت ملغاة .

المادة ٢٤٣ - اذا عرف شهود الاراثة عدد الورثة ولم يعرفوا اسماءهم ، فهي شهادة تامة ، إلّا اذا وقع بين الورثة تنازع . واذا سموهم ولم يشهدوا على اعيانهم ، او لم يذكروا انهم يعرفونهم ، فهي تامة ايضا

المادة ٢٤٤ - يلز في بينات الملك الاسترعائية ان يصرح الشهود بفصول خمسة ، وهي - ١ - اليد أي الحوز - ٢ - وتصرف الحائز تصرف المالك - ٣ - وكونه ينسبه لنفسه، والناس اليه - ٤ - وعدم

علم المنازع ـ ٥ ـ وطول الحيازة عشرة اشهر فأكثر . اما عدم العلم بخروجه عن ملكه ، فشرط صحة في وثيقة استحقاق الميت ، وشرط كمال في وثيقة استحقاق الحي . ولا تقبل الشهادة بالملك مجملة .

المادة ٢٤٥ ـ لا تقبل البينات الاسترعائية مجملة من غير أهل العلم، في الشهادة بالملك . والتجريح والتعديل ، والترشيد ، والتسفيه ، والتوليج ، وذكر الاخ في وثيقة الوراثة ، والشهادة بالملا على من ثبت عدمه ، والشهادة بضرر الزوجة ، والشهادة بالغبن ، والشهادة بالردة، والشهادة بالولاء ، والشهادة بالسرقة ، والزنى ، والقذف ، والشتم ، والشهادة بالتعنيس ، والشهادة بالفقر ، والشهادة بأن الطريق وقف على المسلمين حتى يتبين ان الواقف فلان باشهاده او بالسماع او بغيرهما، والشهادة بفساد عقد ، والشهادة بلحاق الحمل بأبيه الميت .

المادة ٢٤٦ ـ اذا كان شهود البينات الاسترعائية عدولا معروفين بالعدالة ، ككونهم منتصبين للاشهاد او حاملين لاوامر تخولهم الانتصاب للاشهاد ، لم يحتاجوا الى تعديل ـ اي تزكية . ويكتب الموثق تحت اسم الشاهد هذه العبارة (معروف بالعدالة)

المادة ٢٤٧ ـ اذا لم يكن شهود الاسترعاء معروفين بالعدالة ، احتاجوا الى التعديل. فان علم العدلان المأذونان بالرفع عليهم عدالتهم، صرحا بتعديلهما اياهم .

المادة ٢٤٨ ـ لا يقبل في التعديل إلّا رجلان عدلان معروفان عند القاضي ، إلّا ان يكون الشاهد غريبا او امرأة ، فلا يشترط ان

يزكيهما ابتداء معروف عند القاضي ، لكن لابد ان يزكي مزكيهما معروف عند القاضي بالعدالة .

المادة ٢٤٩ ـ يلزم في التعديل مخالطة المعدِّل للمعدَّل، بحيث يتكرر اختباره له وتطول مخالطته اياه . ويلزم ان يكون المعدل مبرزا ناقدا فطنا لا يخدع . ويلزم ان يقول المعدل في المعدل عدل رضى .

المادة ٢٥٠ ـ اذا زكي شاهد وحكم بشهادته، ثم شهد ثانيا، يطلب تعديله . وهكذا كلما شهد حتى يكثر تعديله ويشتهر مطلقا . واذا عجز عن تعديله بالموت من عدله او غيبته، وجب قبول شهادته .

المادة ٢٥١ ـ اذا عدل شخص غيره فشهد المعدل (بالفتح) على المعدل (بالكسر) حكم عليه من غير احتياج الى تزكية .

المادة ٢٥٢ ـ يلزم في البينات الاسترعائية المحتاجة الى التزكية، ان تكون التزكية على عين الشهود ، إلّا اذا كان الشاهد مشهور العين في البلد لا يشتبه بغيره في صفته واسمه ، فلا بأس بتعديله غائبا .

المبحث الثالث

في احكام الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ

المادة ٢٥٣ ـ الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ هو طلب المشهد الشهود برعي الشهادة وحفظها ليؤدوها له عند الحاجة اليها . وموجبه الخوف او انكار الحق . فيشهد أن ما يفعله غير ملتزم له، وانما حمله عليه خوف الضرر او طلب ظهور الحق .

المادة ٢٥٤ ــ لا ينفع الاسترعاء إلّا اذا اذن فيه القاضي ؛ وثبتت التقية في المعاوضات . اما التبرعات فلا يشترط فيها اثبات التقية . ويلزم ان يقوم المسترعي بالفور ؛ اي داخل السنة بعد زوال التقية ؛ فان مضى عام على زوال التقية ولم يقم المسترعي بحقه ؛ لم ينفعه الاسترعاء اذا لم يكن له عذر في عدم القيام .

المادة ٢٥٥ ـ يلزم في الاعتداد بالاسترعاء ؛ تأريخه باليوم والساعة ؛ ليعلم تقدمه على الصلح . فان اتحدا في اليوم ولم يقع تعيين الساعة ؛ لم يفد استرعاؤه .

المادة ٢٥٦ ــ اذا صالح وأشهد انه اسقط الاستحفاظ ؛ فان ذلك لازم له . ولا ينفعه استحفاظه المتقدم ؛ إلّا اذا اشهد في استحفاظه انه ان اسقط الاستحفاظ فانه غير ملتزم له . فاذا اشهد بقطع الاسترعاء في الاسترعاء ، قطع ذلك جميع الاسترعاءات ولم ينتفع باسترعائه .

المبحث الرابع

في قبول غير العدول في البينات الاسترعائية

المادة ٢٥٧ ــ يقبل اللفيف في البينات الاسترعائية ، على ما جرى به العمل من القرن العاشر : للضرورة الداعية الى ذلك . ويقبل منهم الامثل فالامثل . ويشترط فيهم الستر اي انهم غير ظاهري الجرحة.

المادة ٢٥٨ ــ يتلقى شهادة اللفيف : العدول المنتصبون للاشهاد ، بإذن من الحكام الشرعيين . ويلزم ختمها بخاتم الآذن فيها ؛ وأن

يخاطب عليها بخطه بالعمل ، بأن يكتب هذا اللفظ (يكتب العمل) فالختم علامة على الاذن ، و كتابة العمل خطاب لمن يقف عليها بصحة الشهادة وصلوحيتها للاحتجاج بها. ولهذا لا يسوغ للحاكم ان يخاطب عليها بالاعمال اذا كانت غير صحيحة .

المادة ٢٥٩ ـ استفسار الشهود موكول الى اجتهاد الحاكم ، فلذا رأى استفسارهم كان له ذلك . وتخلف الشاهد عن الاستفسار (ويسمى بالتحرير) موجب لسقوط الشهادة .

المبحث الخامس

في الشهادة على الخط

المادة ٢٦٠ ـ اذا عرف الشاهد خطه في كتاب فيه شهادته ، يعتمد ذلك ويشهد ، وتنفع المشهود له شهادته .

المادة ٢٦١ ـ اذا مات الشاهد المنتصب للاشهاد ، او غاب توقف العمل بشهادته على التعريف بأن العقد عقده من غير شك ولا ريبة؛ وأنه يوسم العدالة الى ان غاب او مات . ولا يقبل في التعريف بالخط إلّا العدول المنتصبون المعروفون بالفطنة وعدم التباس الخطوط عليهم . فاذا كان القاضي يعرف عقودهم لم يحتج الى التعريف بالعقد.

المادة ٢٦٢ ـ اذا مات العدل المنتصب للاشهاد ، او غاب ، وأريد الرفع على شهادته، لانه لم يخرجها برسم من دفتره ، استأذن عدلان حاكما شرعيا في اخراج الشهادة من الدفتر و ادراجها بالرسم .

فيكتب العدل الحاضر شهادته ويعقد عليها بعقدلا ، ثم يخرج العدلان اسفل شهادة الحي: ما بالدفتر: و يعقدان على ذلك ، بعد ان يشهدا ان الامضاء امضاؤه من غير شك عندهما في ذلك ولا ريبة . وأنه بوسم العدالة الى ان توفي ، او الى ان كان غائبا ويضمنا اذن الحاكم ويختم الحاكم تلك الشهادة بختمه .

المادة ٢٦٣ ـ اذا كانت الوثيقة المشهود على خطها مشتملة على المعرفة او التعريف بالمشهد ' لم يشترط أن يشهد الشاهد بالخط ان المشهود على خطه كان يعرف من اشهده معرفة عين . وان خلت الوثيقة من ذلك ، فان كان الشاهد معلوم الضبط والتحفظ . قبلت ، والا ردت . إلّا ان تكون على مشهور كالرؤساء .

المادة ٢٦٤ ـ ليس من تمام التعريف: التعرض لتعديل ذي الخط . فاذا كان الشاهد بالخط لا يعرف عدالة صاحبه . لا يشهد إلّا بمعرفة خطه خاصة . ثم ان احتاج القاضي فيه الى تعديل ، جاز أن يعدله غير الشاهد بخطه .

المادة ٢٦٥ ـ يشترط في قبول الرفع على الخط: ان يكون بشاهدين اثنين .

المادة ٢٦٦ ـ الغيبة المبيحة للرفع على الخط: هي البعيدة . اي التي تنال الشاهد فيها مشقة . واختلاف عمل القضاة يتنزل منزلة البعد ، وان كان ما بين العملين قريبا .

المادة ٢٦٧ ـ ما كان من العقود والالتزامات بخط اليد دون اشهاد:

يحتج به ويعتمد عليه، اذا كان ذلك بامضاء العاقد او الملتزم، او بعلامته اذا كان عدلا منتصبا للاشهاد، لكن بعد ان يثبت ان الامضاء او العقد خط الممضي او العاقد، بشهادة عدلين.

المادة ٢٦٨ ـ اذا كان الممضي لا يعرف من الكتابة غير الامضاء، وأنكر ما تضمنته الكتابة، زاعما ان الكتابة في غرض آخر؛ وأن الكاتب اخبره بأن الكتابة في الغرض الذي ذكره فامضى لاعتقاده صدقه. فانه اذا حلف على ما زعمه، لم يقم الكتب الممضى منه حجة عليه.

المادة ٢٦٩ ـ لا تعتبر الكتابة الخالية من امضاء الكاتب او عقده، ولو قامت الشهادة بأن الخط خطه.

المادة ٢٧٠ ـ لا يثبت الطلاق المكتوب بخط المطلق والممضى منه؛ الا اذا ارسل الكتاب الى الزوجة او الى من يعلمها بالطلاق؛ فيلزم الطلاق اذا شهد على خطه عدلان. وأما ان لم يخرج الكتاب من يده فلا يحكم لها بالطلاق؛ الا ان يقر الزوج انه كتبه مجمعا على الطلاق؛ او ينص فيه على أنه انفذه.

المادة ٢٧١ ـ لا تعتبر الوصية المكتوبة بخط يد الموصي؛ اذا ثبت ان الخط خط الموصي. إلّا بعد أن يثبت بالشهادة انه دفع الكتاب الى الموصى له؛ او الى أمين في حياته؛ فان لم يثبت ذلك لم يعتد بالوصية، الا اذا قال «فليشهد على خطي من وقف عليه»

المادة ٢٧٢ ـ اذا لم يوجد من يشهد على خط الكاتب المنكر لخطه؛

فطلب المدعي جبر المدعى عليه على الكتابة بمحضر العدول ، و المقابلة بينه و بين ما احتج به المدعي ليعلم صدقه ، اجبر المدعى عليه على الكتابة.

المبحث السادس

في شهادة النقل

المادة ٢٧٣ ـ شروط شهادة النقل خمسة . الاول أن ينقل اثنان فأكثر عن واحد فأكثر . الثاني ان يكون شهود الاصل والنقل عدولا الثالث ان يبقى شهود الاصل على شهادتهم حتى يحكم بها . الرابع ان يقول المنقول عنهم ، انقلوها عنا . الخامس ان يكون ذلك لعذر مرض او سفر ، إلّا في النساء فيجوز النقل عليهن ولو كن حضورا .

المبحث السابع

في النسخ و المضامين

المادة ٢٧٤ ـ لا يعمل بالنسخ ولا تكون حجة . إلّا اذا كانت مقامة عن اذن الحاكم الشرعي ، ومختومة بختمه ، ومخاطبا عليها منه .

المادة ٢٧٥ ـ كيفية الخطاب على نسخ الاحباس . ان يكتب الحاكم بخطه على النسخة ما نصه « قوبل الفرع بأصله فتطابقا و كانا نصا سواء ، وأعلم بذلك فلان قاضي كذا او مفتي كذا »

المادة ٢٧٦ ـ اذا كانت النسخة تامة لا ريبة فيها ، ووجد خطاب القاضي عليها . فانه يعمل بها . ولو وجد الاصل مرتابا

المادة ٢٧٧ ـ لا يجوز الاذن في اخراج النسخ فيما يخشى فيه

تكرر الحق. ويجوز اخراج ما لا يخشى فيه ذلك. و اذا جهل الشهود وأخرجوا نسخة مما لا يجوز اعادة اخراجه : قضي بها .

المادة ٢٧٨ ـ يخاطب القاضي على نسخ غير الاحباس بقوله «ثبت لدي» والضمير في « ثبت » بصيغة الافراد والتذكير يعود على الرسم.

المادة ٢٧٩ ـ تخرج المضامين من رسوم الاملاك المشتركة ، اذا اراد الشريك الاستقلال برسم فيما على ملكه . فيطلب من الحاكم الشرعي الاذن لعدلين في اخراج مضمون ما بالرسم الاصلي للملك، يذكر فيه ما على ملكه من العقار ليكون حجة فيما بيده . فيتسلم الحاكم الرسم الاصلي ويتأمل منه تأملا شافيا ، فاذا لم يجد ريبة فيه ، وكان على الصحة والسلامة ، وعلم عدالة شاهديه ، او وقع التعريف بعقدهما وعدالتهما اذن عدلين في اخراج مضمون منه . يحكيان فيه انتقال الملك الواقع في هذا العقار من يد الى اخرى . ويذكران اسبابه الى ان يأتيا على جميع ما بالرسم ، ان كانت المدة قصيرة . فان طالت اكتفي بذكر ثلاثة انتقالات . وبعد تضمينهما ذلك يذكران من آل اليه استقرار هذا الملك ، ويذكران انه كتب هذا المضمون بالاذن من فلان القاضي او المفتي ؛ ليكون حجة في تملك فلان للجزء الذي يملكه منه ، ويعينان مقدار هذا الجزء ؛ ويؤرخان كتابة المضمون؛ ولا يعقدان على ما كتباه إلّا بعد ان يطلع الآذن على المضمون ويتتبعه ويجده قد استوفى ما بالرسم من الاركان ولم يترك منه إلّا ما لا يحتاج اليه : فحينئذ يختمه ؛ ويكتب بخطه قبل وضع العدلين علامتيهما

ما نصه « ختم في كذا من عام كذا » ويذكر التاريخ . ثم يضع العدلان اثر هذه الكتابة علامتيهما . ويكتب العدلان في هامش الرسم الاصلي ما نصه « اخرج منه مضمون في تملك فلان لقدر كذا بشهادة شهيديه فلان وفلان في تاريخ كذا » ويبطل الاحتجاج بالرسم الاصلي في المقدار الذي اخرج فيه المضمون . ويصير المضمون حجة فيما اخرج فيه .

المبحث الثامن

في اقسام الشهادة باعتبار ما توجبه

المادة ٢٨٠ ـ الشهادة التي توجب الحق بدون يمين انواع . الاول شهادة اربعة في الزنى . الثاني شهادة عدلين في غيره . الثالث شهادة رجل وامرأتين في المال وما يئول اليه ؛ كالنكاح بعد موت الزوج والزوجة؛ فيثبت الارث بالشاهد والمرأتين ؛ ان لم يكن للميت وارث معلوم النسب يحوز المال كله ؛ وإلّا فلابد من عدلين على النكاح ؛ فان لم يكونا فلا ارث . الرابع شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال ، كالمحيض، والرضاع، ان فشا قولهما قبل العقد. وكالولادة والاستهلال وكون المولود ذكرا او انثى ، وعيوب الفرج .

المادة ٢٨١ ـ الشهادة التي توجب الحق مع اليمين اربعة انواع . الاول شهادة العدل في المال وما يئول اليه ، فيحلف المشهود له ويقضى له ، كالحبس على معين ، فان كان على غير معين حلف المشهود عليه وبرئ ، فان نكل حكم عليه به . النوع الثاني شهادة امرأتين في المال

وما يئول اليه . الثالث الشاهد العرفي . الرابع البينة الشاهدة بظاهر الحال ، معتمدة على الظن لتعذر القطع او عسره ، فيلزم الطالب اليمين استظهارا على باطن الامر .

المادة ٢٨٢ . لا تلزم يمين الطالب مع الشهادة الشاهدة بظاهر الحال في الفروع الاتية : وهي الشهادة بفقر احد الابوين لينفقه ولده . والشهادة بعدّة الورثة . والشهادة بالتزكية . والشهادة بالملك في استحقاق الاصول .

المادة ٢٨٣ ـ الشهادة التي توجب اليمين على المشهود عليه ، ولا توجب الحق للمشهود له ، شهادة العدل الواحد او المرأتين ، في الطلاق والقذف ونحوهما ، مما لا يثبت إلّا بعدلين .

المادة ٢٨٤ ـ لا تتوجه اليمين في النكاح بشاهد واحد ، في غير الطارئين . واما فيهما فتتوجه اليمين على المنكر للنكاح منهما .

المبحث التاسع
في شهادة السماع

المادة ٢٨٥ ـ شهادة السماع هي التي يصرح فيها الشاهد باستناد شهادته لسماع من غير معين .

المادة ٢٨٦ ـ اذا شهد الشاهد بالعلم بالشيء ، وبيّن ان سند علمه في ذلك ، السماع ، فهي بينة قطع ، وان كان مستندها السماع .

المادة ٢٨٧ ـ يلزم في بينة السماع ان لا يعين المسموع منه ،

وإلّا كانت شهادة نقل ، وأن يجمع فيها بين السماع من اهل العدل وغيرهم ، وإلّا كانت شهادة ملغاة .

المادة ٢٨٨ ـ تعمل بينة السماع في النكاح، اذا لم يكن للمرأة زوج. فان كان لها زوج، لم تنتزع منه ببينة السماع . ويلزم في بينة السماع بالنكاح ان تكون مفصلة كبينة القطع ، بأن تقول «سمى لها كذا ، وأجل لها كذا ، وعقد لها وليها فلان» ولا يكفي الاجمال .

المادة ٢٨٩ ـ بينة السماع بالرضاع لا يعمل بها ، اذا قامت بعد العقد على المرأة المشهود انها محرمة على العاقد بالرضاع . اما اذا قامت قبل العقد عليها ، فتفيد وتمنع من العقد .

المادة ٢٩٠ ـ شهادة السماع بالنسب ، لا يثبت بها النسب ، وانما يستحق بها المال ، اذا لم يكن للمال وارث مستحق .

المادة ٢٩١ ـ يعمل بشهادة السماع بانتقال الملك للحائز للعقار عشرين سنة فأكثر ، اذا اثبت من لا يحاز عليه ، كالغائب ، انها لابيه ، فتفيد شهادة السماع بأن الحائز اشتراها هو او اسلافه ممن ثبت له الملك .

المادة ٢٩٢ ـ تعمل بينة السماع في الاحباس التي في حوز من شهدت له ، او لا يد لاحد عليها ، ولا يشترط تسمية المحبس ، ولا اثبات ملكه في شهادة السماع . ويلزم في شهادة السماع بالحبس ، القطع بأنه يحاز بحوز الاحباس ويحترم بحرمتها . فإن شهدوا بما ذكر بالسماع لا بالقطع بطلت الشهادة .

المادة ٢٩٣ ـ يثبت بشهادة السماع مصارف الوقف وشروطه .

المادة ٢٩٤ ـ لا يقبل في شهادة السماع اقل من اثنين . ولا يلزم المشهود له بها اليمين .

المبحث العاشر

في الشهادات الناقصة

المادة ٢٩٥ ـ اذا شهد الشهود بحق لانسان؛ في عقار او غيره؛ لا يعرفون مقداره؛ استنزل الشهود الى ما لا يشكون فيه؛ وعمل بشهادتهم .

الباب الثالث

وفيه تسعة فصول

الفصل الاول

في معنى الحكم والفتوى والثبوت والتنفيذ

المادة ٢٩٦ ـ الحكم انشاء الزام او اطلاق؛ فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا .

المادة ٢٩٧ ـ الفتوى اخبار المفتي عن حكم الشارع؛ في اعتقاده .

المادة ٢٩٨ ـ الثبوت عبارة عن قيام الحجة على ثبوت السبب عند الحاكم

المادة ٢٩٩ ـ الثبوت يدخل في المواطن التي يلحقها الحكم؛ وفي المواطن التي لا حكم فيها اجماعا

المادة ٣٠٠ ـ الانواع التي يدخلها الثبوت ولا يدخلها الحكم : اثبات الصفات في الذوات . واثبات اسباب المطالبات . وحجج اسباب الاستحقاق . واثبات اسباب الاحكام الشرعية .

المادة ٣٠١ ـ التنفيذ هو تمكين الحقوق بأيدي مستحقيها ، والالزام بالحبس وغيره .

المادة ٣٠٢ ـ يلزم المنفذ ان ينفذ الحكم ؛ ولو كان مذهبه مخالفا لما وقع الحكم به .

الفصل الثاني

في خطاب القضاة ـ وفيه مباحث

المبحث الاول

في حقيقة الخطاب وأنواعه

المادة ٣٠٣ ـ الخطاب هو اخبار قاض قاضيا آخر بما ثبت عنده ؛ او حكم به .

المادة ٣٠٤ ـ الانهاء بالمشافهة صحيح ؛ على اصل المذهب في جواز تعدد القضاة بالبلد الواحد ويشترط في الاعتداد به ، حلول كل من المنهي والمنهى اليه في محل ولايته . لكن العمل على قبول انهاء القاضي بغير محل ولايته .

المادة ٣٠٥ ـ الانهاء بالاشهاد ، ان يشهد القاضي عدلين بأنه قضى بكذا او ثبت عنده كذا ، لينهيا ذلك الى قاض آخر . او أن

يكتب قاض الى قاضي بلد آخر بما ثبت عنده من شهادة على رجل ، او حق، او بقضاء، ويشهدهما على كتابه.

المادة ٣٠٦ - اذا اشهد القاضي عدلين ، وبعث معهما كتابه ، من غير ان يقرأه عليهما ، فالاعتماد على ما يشهدان به، لا على ما في الكتاب .

المادة ٣٠٧ - يعتمد كتاب القاضي ، اذا كان مختوما بختمه ، ومكتوبا عليه بخط القاضي « ختم في تاريخه ، او في تاريخ كذا » ، وكان مع الختم الامضاء ، ولا يكتفى بالختم وحده احتياطا .

المادة ٣٠٨ - الخطاب على الرسوم ، يكون في سائر البينات الاسترعائية بكتابة هذه الجملة بخط القاضي ، او المفتي المخاطب « يكتب العمل » مع ختم تلك البينة بختم المخاطب . والخطاب في البينات الاصلية، ان قصد به التعريف بعدالة العدلين وانتصابهما للاشهاد؛ يكون بلفظ « ثبت لديّ العدلان » مع ختمه تلك الحجة . وان قصد به الاعلام بصحة الرسم وسلامته من الريب، يكون بلفظ «ثبت لديّ» والخطاب في نسخ الاحباس، يكون بختمها وكتابة « طوبق المقصود منه بأصله فتطابقا » او « قوبل الفرع بأصله فتطابقا ، وأعلم بذلك فلان القاضي او المفتي » وفي نسخ رسوم غير الاحباس، يكون بختم النسخة وكتابة « ثبت لديّ » والخطاب في المضامين ، يكون بختم المضمون وكتابة تاريخ الختم قبل وضع العدلين علامتيهما .

المبحث الثاني
في فائدة الانهاء

المادة ٣٠٩ ـ فائدة الانهاء ، بناء القاضي اجراءاته على ما تضمنه الانهاء . فان كتب المنهي بثبوت شهادتهم. لم يأمر المنهى اليه باعادة شهادتهم . ونظر في تعديلهم وان كتب بتعديلهم ، وبقبوله اياهم ؛ اعذر فيهم للمشهود عليه

المبحث الثالث
في العمل بالخطاب
اذا مات او عزل المخاطب المنهي
او المخاطب المنهي اليه

المادة ٣١٠ ـ اذا مات المخاطب (بالفتح) او عزل قبل وصول الخطاب اليه او بعده ، وجب على من ولي مكانه انفاذ الخطاب والعمل به .

المادة ٣١١ ـ اذا مات المخاطب (بالكسر) او عزل، يعمل بخطابه اذا كان مسجلا بدفتر المحكمة .

الفصل الثالث
في ضابط ما يفتقر للحكم

المادة ٣١٢ ـ يفتقر الى حكم الحاكم ، ما وجد فيه احد اسباب ثلاثة : الاول ان يكون مما يحتاج الى نظر في تحرير سببه ومقدار مسببه. الثاني ان يكون مما لو فوض الى جميع الناس لادي الى

الاضطراب. الثالث ان يكون مما قوي فيه الخلاف، مع تعارض حقوق الله تعالى وحقوق العباد.

الفصل الرابع
فيما يحصل به الحكم

المادة ٣١٣ ـ الحكم يحصل اما بقول او فعل. فاما القول فكقوله حكمت بامضاء العقد، او فسخه. لكن يلزم ان يكون الحكم فيما تناوله الخصام والتداعي، وإلّا اعتبر اعتبار الفتوى. ولا يشترط في الحكم القولي ان يكون متعلقه تغيير امر عن حاله، بل لا فرق بين تغييره وتقريره. واما الفعل فانه لا يفيد الحكم بطريق المطابقة، وانما يفيده بطريق الالتزام، اذا كان ذلك الفعل يتوقف على ابطال شيء، فيفيد الفعل حينئذ، الحكم بابطال ذلك الشيء.

الفصل الخامس
في تصرفات الحكام التي ليست حكما
ولغيرهم من الحكام تغييرها والنظر فيها

المادة ٣١٤ ـ لا يعتبر من الحكم الذي لا يمكن نقضه ولا تغييره؛ تصرف الحاكم بتوليه عقد البيع او عقد النكاح، او باثباته صفة لشخص، او باثباته اسباب المطالبات؛ او باثباته الحجج، او باثباته اسباب الاحكام الشرعية؛ او بجزمه وتصريحه بالوجوب او الندب او الاباحة أو الكراهة او التحريم، او بنصبه للكتّاب والقسّام والمترجمين والامناء في اموال الغائبين والقاصرين.

الفصل السـادس

في بيان المواضع التي يكون فيهـا الحكم جزئيا والمواضع التي يكون الحكم فيها كليا

المادة ٣١٥ ـ كل حكـم فهو جزئي ، لا يتناول غير المتداعيين . إلا الحكم بالتصفيق ، والحكم بالصحة ، والحكم بالفساد .

الفصل السـابع

في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا او تضمنا

المادة ٣١٦ ـ لا يدخل العبـادات الحكم بالصحة ؛ ولا بالموجب ؛ لا بطريق الاستقلال ؛ ولا بطريق التضمن . ويدخل الصيد والاطعمة والايمان والجهاد الحكم استقلالا .

المادة ٣١٧ ـ يدخل النكاح وتوابعه وسائر المعاملات، الحكم بالصحة ؛ والحكم بالموجب .

المادة ٣١٨ ـ ليس الحكم بمقتضى البينة حكما بصحتهـا ؛ حتى لا يمكن الطعن فيها ، اذا احتج بها في غير ما حكم به .

الفصل الثـامن

في معنى الحكم بالصحة والحكم بالموجب والحكم المختلف فيه وبالمختلف فيه

المادة ٣١٩ ـ الحكم بالصحة، عبارة عن قضاء القاضي بصدور ذلك العقد من اهله ؛ في محله ؛ على الوجه المعتبر شرعا . والمـراد بالصحة في العقود ؛ ترتب آثار الشيء عليه .

المادة ٣٢٠ ـ الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة اشياء: اهلية التصرف، وصحة الصيغة ـ فيما يشترط فيه صيغة خاصة ـ و كون التصرف في محله .

المادة ٣٢١ ـ الحكم بالموجب ؛ هو الحكم بمقتضى الصيغة عند الحاكم . ويلزم فيه ثبوت اهلية التصرف ، وصحة الصيغة .

المادة ٣٢٢ ـ لا يعتبر الحكم بالموجب إلّا اذا وقع التنازع فيه عند الحاكم ، وأن يكون لازما للعقد لا ينفك عنه ؛ بحيث اذا وجد العقد وجد الموجب .

المادة ٣٢٣ ـ الاعتماد على كون الصادر من القاضي الاول حكما او ليس حكما ، انما هو على ما يراه القاضي الثاني المترافع لديه .

المادة ٣٢٤ ـ الحكم بشيء مختلف فيه بين المذاهب ، يرفع الخلاف . ولا يجوز لمن لا يراه نقضه .

المادة ٣٢٥ ـ الحكم المختلف فيه ، لا يرفع الخلاف . ولمن لا يراه حكما ان يحكم بضده .

المادة ٣٢٦ ـ الحكم الضمني عند الحنفية ؛ (وهو ما يدخل القضاء فيه ضمنا لا قصدا؛ ولا يشترط فيه تقدم دعوى ولا خصومة) لا يعتبر حكما عند المالكية . فهو من باب الحكم المختلف فيه ؛ الذي لا يرفع الخلاف . ويجوز للمالكي الحكم بضده .

المادة ٣٢٧ ـ الحكم الفعلي عند الحنفية: (وهو عبارة عن فعل القاضي.

ولا يشترط فيه تقدم دعوى ولا خصومة) لا يعتبر حكما عند المالكية. فهو من الحكم المختلف فيه، الذي لا يرفع الخلاف. ولا يمنع المالكي من تغييره وابطاله .

الفصل التاسع

في الاحكام التي يجوز تعقبها والتي لا يجوز تعقبها وفي التحجير المقبول وغير المقبول وفي التخصيص في القضاء وفي الاشتراط فيه

المادة ٣٢٨ ـ يجوز تعقب احكام العدل المقلد . فما أُلفي صوابا أُقر . وما أُلفي خطأً نُقض. لا فرق في ذلك بين قاضي الحاضرة وغيرها ، باعتبار اصل الفقه . لكن جرت التراتيب بأن احكام قضاة الافاق يجوز تعقبها باطلاق ، اما قاضي الحاضرة فلا تتعقب احكامه؛ إلّا اذا صدر اذن من الامير بتعقبها.(١)

المادة ٣٢٩ ـ ينقض قضاء القاضي متى خالف المشهور وما به العمل .

المادة ٣٣٠ ـ لا يقبل التحجير في الاستقلال بالقضاء

---

(١) العمل بما ذكر ، كان قبل صدور المجلة الشرعية للمرافعات، وصار الامر بعد صدورها. تعقب الاحكام الصادرة من قاضيي الحاضرة ان كانت فردية؛ اما اذا كانت مجلسية فتقبل احكامها التعقيب فيما لا تعجيز فيه شرعا، اما ما فيه تعجيز فيتوقف قبول تعقيبها على صدور اذن علي بذلك . بسعي من محكمة التعقيب ،

المادة ٣٣١ ـ لا يضر التحجير على القاضي في النظر في بعض انواع القضايا والحكم فيها.

المادة ٣٣٢ ـ يجوز تخصيص القاضي بالحكم في نوع من انواع القضايا ، كأحكام النكاح ومتعلقاته ، واستحقاق العقار .

المادة ٣٣٣ ـ يجوز ان يشترط على القاضي ان لا يحكم إلّا بمذهب معين. ويلزم المقلد ان لا يحكم إلّا بمشهور مذهب امامه ، وما به حكم قضاة اهل بلده المشهورون بالعلم والعدالة.



مقدمة الطبعة الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

تبارك من استأثر بالقضاء ، وانعم على الانسان بمختلف الآلاء ، والصلاة والسلام على من احيى القلوب بالهدى والحكمة ، وعلى ءاله وصحبه نجوم الملة وهداة الامة ، اما بعد فهذه فقرات قيمة ، وشذرات منظمة محكمة ، تجمع من علم القضاء اشتاتا ، وتحيي منه ما كان مواتا ، وتسقي المتعطشين اليه عذبا فراتا ، وتكون لما جرى به العمل التونسي في الاوضاع الحكمية والقضايا الفقهية كفاتا ، (١) حدا بي الى جمعها وتهذيبها ، واحكام ترصيفها وتبويبها ، اشتمال الكتب المؤلفة فيه على ما بقي حيا وما عاد رفاتا ، حتى اضاع على مبتغي التمييز بين الزيف والابريز اوقاتا ، وجعل مرتاد حقوله الخصبة وان ابعد النجعة كأنه مسنت اسناتا ، وقد حصرتها في ثلاثة ابواب والله المسئول ان يعصمنا من الخطا والخطل ، في القول والعمل ، وأن يفجر منها ينابيع نفع سائغة ، ويكسوها من القبول حللا سابغة ، انه قدير ، وبالاجابة جدير ،

■

---

(١) الكفات الموضع يضم ويجمع فيه الشيء

الباب الاول

في الدعوى والجواب والمدعي والمدعى عليه والاجال والاعذار والعقلة والتعجيز

وفيه فصول

الفصل الاول في الدعوى

وفيه سبعة مطالب ١ ـ حقيقتها ومعناها ـ ٢ ـ وكيفية القيام بها ـ ٣ ـ وصفة القائم بها ـ ٤ وصحتها المقتضية استدعاء المطلوب للجواب عنها ـ ٥ ـ وما يلزم اشتمالها عليه اذا سأله المطلوب ـ ٦ ـ وما يترتب على القول بتبعيضها ـ ٧ ـ وما يسقطها

المطلب الاول في حقيقة الدعوى

حقيقة الدعوى طلب معين او ما في ذمة معين او ما يترتب عليه احدهما. فطلب المعين كدعوى ان هذه الدار اشتراها او غصبت منه وطلب ما في ذمة المعين كدعوى المرأة ان بذمة زوجها الفا من جهة صداق أو نفقة ثم المعين الذي يدعى في ذمته قد يكون معينا بالشخص كزيد أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة والقتل على جماعة أو انهم اتلفوا له متمولا وطلب ما يترتب عليه معين كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها فيترتب عليها حوز نفسها؛ وهي معينة . ودعوى الوارث ان مورثه مات مسلما فيترتب عليه الميراث المعين . وطلب ما يترتب عليه ما في ذمة معين كالمطلقة تدعي المسيس وينكره الزوج فان المسيس يترتب عليه استحقاق كامل الصداق وهو في الذمة ،

المطلب الثاني في كيفية القيام بـالدعوى

يقدم الطالب للقاضي في ورق معتاد كتابة (١) يبين بها موضوع الدعوى وحاصلها ليكون القاضي على بصيرة ممـا اشتملت عليه الدعوى من الفصول ولاي باب ترجع من الاصول وهل هي من مشمولات انظاره بمقتضى التراتيب

---

(١) يوقع القاضي على الشكاية انها من النوازل الشخصية اذا كان موضوعها طلب نفقة او حضانة او ثبوت نكاح او طلاق او طلب فك العصمة لاضرار او ايلاء ولم يفيء او طلب فسخ نكاح لفساده بفوات ركن او شرط او حصول مانع كحرمة المرأة برضاع او صهر او بكونها في عدة وفاة او طلاق وبالجملة فالدعاوي المتعلقة بالنكاح والطلاق والرجعة والرضاع والايلاء والظهار واللعان والحضانة والنفقة والارث والاستلحاق والتعصيب والولاء يوقع القاضي عليها انها من النوازل الشخصية ويوقع القاضي على الشكاية انها من النوازل الاستحقاقية اذا كانت الدعوى في وصية او متعلقة بعقار سواء أكانت الدعوى في غصب او شفعة او ثبوت هبة او صحتها او فسادها او اعتصارها او ثبوت وقف او صحته او فساده ؛ ام كان في غير ذلك مما يوجب نقل الملك او طلب ايجاد رسم عوض رسم ضل

ووقع التقييد بالعقار وهو الارض وما اتصل بها من بناء او شجر لان الدعوى في المنقولات خارجة عن انظار المحاكم الشرعية بمقتضى التراتيب الا ما كان منها متعلقا بالمواريث او كان بين الزوجين او كان بين المتراكنين بعد المراكنة من الهدايا والاملاك . فانها من انظار المحاكم الشرعية ثم العقار الذي يكون الخصام في استحقاقه من انظار المحاكم الشرعية يشترط فيه ان لا يكون مسجلا بدفتر خانة الاملاك العقارية ولا مطلوبا تسجيله قبل وقوع المقال في المحكمة الشرعية والا كان خارجا عن انظارها وهذا كله في التسجيل النهائي واما التسجيل المستعجل المعبر عنه بالكداستر فانه لا يخرج النازلة عن نظر المحاكم الشرعية. ويشترط في كون العقار من انظار المحاكم الشرعية ايضا ان لا يكون من الارضين المشتركة الانتفاع ولا من الارضين المعتبرة دوائر عسكرية والا كان الحكم فيها خارجا عن انظارها. وقد جاءت مجلة المرافعات الشرعية مفصلة لما هو من خصائص المحاكم الشرعية في المادة الاولى منها كما تضمنت المادة السادسة منها بيان القضايا الشخصية والقضايا الاستحقاقية.

وبعد الاطلاع على الشكاية والتوقيع عليها يحيلها القاضي على دائرة العدول ليحضر الطالب لديهم ويقيدوا عليه مقالا شرعيا ويشهدوا عليه بما تضمنه حتى لا ينكر شيئا مما تضمنه مقاله فيما بعد يوجب مؤاخذته او سقوط دعواه.

واقتضت التراتيب ان القاضي لا يحيل الدعوى على دائرة العدول لكتب المقال الا بعد ان يحيل الشكاية على كاتب مكلف باعطاء ورقة خاصة مبين بها نوع النازلة يسلمها للطالب ليذهب

وهذا غير المقال الذي يكتبه العدول. فهو من وادي ما قصده الزقاق (١) بقوله في لاميته

ولتأمر بتقييد غامض ❁ لتسأل عنه او لان تتأملا

فقد قال فيه ميارة (٢) والتاودي (٣) وليست هذه المسألة المشار اليها بقول التحفة (٤)

بها الى ادارة التسجيل ويدفع معلوما يختلف باعتبار كون النازلة شخصية او استحقاقية ويتسلم من ادارة التسجيل ورقة تتضمن دفع المعلوم وبتقديمه الى القاضي يمكنه ان ينظر في القضية ويحيل النازلة الى دائرة العدول لكتب المقال وتوضع هذه الورقة بملف النازلة. فان ادعى الطالب العجز عن دفع المعلوم كله بإثبات العجز ويكفي في ذلك شهادة شيخ الحومة (المحرك) بالحاضرة وشهادة شيخ التراب بغيرها. وعند الادلاء بهذه الشهادة يكتب القاضي على الشكاية ما نصه « يمنح الاعانة العدلية » وحينئذ يعفى الطالب من دفع المعلوم وتسلم له ورقة من ادارة التسجيل تتضمن انه منح الاعانة العدلية. فاذا وقع الحكم للطالب حل المعلوم على المحكوم عليه في جملة المصاريف. وهذا كله في الامور المستعجلة كالنفقة والحضانة والمعاشرة. واما النوازل الاستحقاقية فيلزم فيها مكاتبة الوزارة العدلية في منح الطالب الاعانة العدلية ويقع جمع مجلس في الوزارة العدلية للنظر في تخويل الطالب الاعانة المذكورة وعندما يرى المجلس اسعافه بذلك تكاتب الوزارة العدلية القاضي في الاعلام بذلك وحينئذ ينظر في القضية وربما استغرق جمع المجلس لاجابة الطالب الى منح الاعانة اشهرا كثيرة. ودفع المعلوم عن النوازل سمح باعفاء الخصوم من التكاليف المالية التي كانوا يتحملون عبأها في اجور الاعوان لتبليغ الاذون وأجور العدول لكتابة المقالات والاجوبة وتحاريرها واقامة البينات واخذ النسخ وكتب الآجال والاعذار وتلخيص الحجج وكتب الاحكام اذ صار جميع ذلك مجانا مكتوبا في ورق معتاد غير متنبر وتولت الحكومة دفع أجور للاعوان والشهود وكتاب المحاكم ودفع اثمان ما يلزم من الاوراق والدفاتر.

(١) هو علي بن قاسم بن محمد التجيبي شهر الزقاق. اخذ عن القوري من شيوخ فاس وعن المواق من شيوخ الاندلس. وتوفي سنة ٩١٢

(٢) هو محمد بن احمد ميارة. له تاليف عديدة رزق فيها القبول، من اشهرها شرحان على المرشد المعين وشرح التحفة وشرح لامية الزقاق وتذييل المنهج المنتخب وشرحه. مولده سنة ٩٩٩ وتوفي سنة ١٠٧٢

(٣) هو محمد التاودي بن محمد الطالب بن سودة المري الفاسي كان مشهورا بسعة العلم له تاليف قيمة منها شرح التحفة وشرح لامية الزقاق وحاشية على شرح عبد الباقي الزرقاني لمختصر الخليلي وحاشية على صحيح البخاري وفتاوى. مولده سنة ١١١١ وتوفي سنة ١٢٠٩

(٤) صاحب التحفة هو ابو بكر بن محمد بن عاصم. اخذ عن الاستاذ ابي سعيد بن اب

والكتب يقتضي عليه المدعي ۞ من خصمه الجواب توقيفا دعي

لان ذلك فيما بين الخصمين وما هنا فيما يفعله القاضي فيما صعب عليه من الدعوى

المطلب الثالث في صفة القائم بالدعوى

يلزم فيما ليس حق الله ان يكون القائم بالدعوى صاحب الحق او وكيله او ناظره من اب او وصي او مقدم قاض

فاذا كان القائم صاحب الحق نفسه لم يشترط فيه الرشد فللصبي والسفيه ان يقوما بطلب حقوقهما البدنية والمالية وانما الممنوع تمكينهما من المال . ففي المتيطية(١) قال غير واحد للسفيه طلب حقوقه حضر وصيه اوغاب: والخصومة فيها وليس له ان يوكل على طلبها وقال ابن بقي(٢) وغيره له ان يوكل كما له ان يطلب وبه مضى العمل ، اهـ (٣) انظر شراح التحفة عند قولها « يجوز توكيل لمن تصرفا » البيت .

واذا كان وكيلا (٤) افتقر في قبوله ان يجعل له الاقرار الا اذا كان وكيلا

والقيجاطي والشاطبي وابن علاق وابن جزي. تولي القضاء بمدينة وادي اش سنة ٨٢ وقضاء غرناطة سنة ٨٢٤ ـ مولده عام ٧٦٠ وتوفي سنة ٨٢٩

(١) صاحب المتيطية هو القاضي علي بن عبد الله بن ابراهيم الانصاري يعرف بالمتيطي السبتي الفاسي. له كتاب كبير سماه النهاية والتمام في معرفة الوثائق والاحكام وهو المعروف بالمتيطية اختصرها اعلام من اشهرهم ابن هارون. توفي سنة ٥٧٠

(٢) هو احمد بن بقي بن مخلد. قاضي الجماعة. تولي القضاء بقرطبة سنة ٣١٧ وتوفي سنة ٣٢٤

(٣) نظم هذا العمل صاحب العمليات العامة فقال :

وجاز للسفيه ان يوكلا ۞ شخصا له يطلب حقا مهملا
حضر او غاب الوصي كما له ۞ هو الخصام ليحق ما له

انظر شرحها صفحة ٢٦٣ الطبعة التونسية.

(٤) اقتضت التراتيب ان لا يقبل القاضي من الوكلاء لمرافعة الخصم الا من كان من الوكلاء الرسميين (اي الذين رخصت لهم الحكومة في المرافعة عن الخصوم لدى سائر المحاكم) او وكلاء المحاكم الشرعية خاصة. ولا فرق في الوكيل بين المسلم وغيره بناء على ان وكالة الخصام ليس فيها

عن الوصي في حق محجوره او وكيلا عن المحجور فلا يجعل لـه الاقرار (١) لان الاقرار عن المحجور غير نافذ . قاله ابن سهل (٢) وخطأ ابن الهندي (٣) حيث ذكر في مثل هذه الوكالة الاقرار . وقال الشيخ ابن الطاهر (٤) في حاشيته على التاودي مانصه وعملنا اليوم فيما شاهدناه من محققي القضاة والمفتين ان الوصي اذا وكل في حق محجوره يجعل لـه الاقرار والانكار كمقدم القاضي ويمضون له ذلك اهـ ذكره في قول التحفة

والنقص للاقرار والانكار من ❁ توكيل الاختصام بالرد قمن

ومـا ذكره غريب لم يذكره ابن ناجي (٥) ولا الشيخ عظوم (٦) في

تصرف مالي فهي كالتوكيل على دفع هبة. كما اقتضت التراتيب ان وكلاء محاكم الآفاق لا يقبلون في المرافعة الا في المحاكم المعينين بها. وتعيين وكلاء المحكمة الشرعية يكون برخصة من الوزارة العدلية مع بيان المحكمة التي له الرخصة في المرافعة لديها. اما الوكلاء الرسميون وهم المحصلون على شهادة الحقوق فالترخيص لهم في المرافعة بأمر علي.

(١) نظمه صاحب العمليات العامة فقال :

ولازم لكل من قد وكلا ❁ على خصام غيره ان يجعلا
الاقرار والانكار للوكيل ❁ وهو من تتمة التوكيل
الا وصيا عن يتيمه فلا ❁ يقر لا هو ولا من وكلا
نعم يقر في الذي تولى ❁ فيه المعاملة ليس الا

انظر شرحها صفحة ٢٥٩ ـ ٢٦٠ الطبعة التونسية.

(٢) هو القاضي ابو الاصبغ عيسى بن سهل الاسدي القرطبي. له كتاب الاعلام بنوازل الاحكام. مولده سنة ٤١٣ وتوفي سنة ٤٨٦

(٣) هو احمد بن سعيد بن ابراهيم الهمداني المعروف بابن الهندي . من فقهاء الاندلس العارفين بالشروط والاحكام. مولده سنة ٣٢٠ وتوفي سنة ٣٩٩

(٤) هو احمد بن الطاهر اللطيف «بالتصغير» من فقهاء تونس وفضلائهم. نسخ كثيرا من الكتب الفقهية كفائق ابن راشد والبيان والتحصيل. واشتغل بالتوثيق وتولى قضاء المحلة ثم صرف عن القضاء والشهادة ولزم بيته. له حاشية على شرح التاودي في جزئين وتوجد بخزائن جامع الزيتونة نسخة منها بخطه. وشرح على السمرقندية. توفي سنة ١٢٧٣

(٥) هو قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني. اخذ عن البرزلي والغبريني ومن في طبقتهما وعن ابن عرفة ويرمز اليه في كتبه ببعض شيوخنا. تولى القضاء بجهات كثيرة كباجة

برنامجه ولا الشيخ حسن الشريف (١) وعلمنا اليوم جار على ما لابن سهل .

واذا جعل الاقرار للوكيل عمل باقراره فيما يرجع للخصومة لا فيما كان خارجا عنها .

ومتى وقع التوكيل لشخص على الخصام فليس للموكل عزله اذا اشرفت النازلة على الحكم او قاعد الوكيل الخصم ثلاثا الا ان يرضى خصمه او يظهر منه تقصير او خيانة او يتبين عذر كمرض او سفر . ويقبل قول قاضي الحاضرة في مقاعدة الوكيل الخصم ثلاثا . بخلاف غيره من قضاة الآفاق فيلزم في ذلك الثبوت بوجود آثار ذلك كوجود ثلاث مرافعات في دفتر المحكمة او وجود ما ينشأ عن المقاعدة من التحريرات والاجال ونحوها .

واذا وقع توكيل صرح فيه بالمخاصمة لدى الحاكم فلان فليس للوكيل التكلم عند حاكم غيره اما اذا كان التوكيل مجملا فله ان يخاصم عنه حيث شاء . قاله في التبصرة (٢) صفحة ١٢٥ من الجزء الاول .

واذا وكله على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بشيء الا بعد سنتين او انشب

(تابع لهامش صفحة ٦)

وجربة وقابس وسوسة والمنستير والقيروان. شرح الرسالة والجلاب وتهذيب البراذعي شرحين كبيرا وصغيرا. توفي بالقيروان سنة ٨٣٩

(٦) هو ابو الفضل قاسم ابن الشيخ محمد مرزوق ابن الشيخ عبد الجليل ابن الشيخ محمد عظوم القيرواني. من بيت اشتهر بالعلم في القيروان كان من عدول تونس ثم تولى الفتيا له تاليف مفيدة منها برنامج الشوارد لشامل بهرام تضمن كثيرا من المسائل وما به العمل في تونس والقيروان وهو من الكتب التي يعتمدها القضاة والمفتون بتونس وله اجوبة في اجزاء كثيرة فيها من الاطناب الكثير ما هو غير محتاج اليه. أتم البرنامج سنة ٩٨٣ وكان حيا سنة ١٠٠٩

---

(١) هو الشيخ حسن ابن سيدي عبد الكبير الشريف. جمع بين شرفي العلم والنسب وتولى امامة جامع الزيتونة ثم تولى الفتيا سنة ١٢٣٠ ـ من تلاميذه الشيخ ابراهيم الرياحي. له حاشية على القطر وحاشية على شرح ميارة للامية الزقاق ومعين المفتي وعاقه الاجل عن اتمامه توفي سنة ١٢٣٤

(٢) صاحب التبصرة هو ابراهيم بن فرحون قاضي المدينة المنورة. له تآليف كثيرة من احسنها التبصرة والديباج. توفي سنة ٧٩٩

الخصومة قبل ذلك ثم اتى بالبينة بعد هذه المدة ، فان وقع في وكالته انها دائمة مستمرة بقي على الوكالة ومكن من المخاصمة ولا ينعزل عن الوكالة الا بنص صريح ، وان لم يقع التقييد بذاك فقال سحنون(١) يبعث الحاكم الى الموكل ليسأله أهو على وكالته ، ونقل ابن سهل ان بعض شيوخه كان يستكثر الامساك عن الخصومة ستة اشهر ونحوها ويرى تجديد الوكالة ان اراد الخصومة. وقال ابن المناصف(٢) اذا خاصم واتصل خصامه وطال سنين فهو على وكالته ، اه ، من التبصرة صفحة ١٢٤ من الجزء الاول ، والقول بالتجديد جرى به عمل فاس كما في المجالس المكناسية ، وقول سحنون افتى به ابن مرزوق (٣) وهو الجاري على الاصول لان المسألة ترجع الى العمل بالاستصحاب وكون الشك في المانع غير مؤثر ، ولم اعلم ان احدا من التونسيين نص على ان العمل التونسي موافق لعمل فاس فينبغي اعتماد ما لسحنون ، واذا وكل على الخصام فخاصم عنه في قضية وانقضت تلك القضية واراد الوكيل ان يخاصم عنه في غيرها فان كان بقرب الخصام الاول كان له ذلك ان كانت الوكالة مبهمة لم يذكر فيها انه وكله على مخاصمة فلان او في امر كذا وكذا اذا اتصل بعض ذلك ببعض أو كان بينهما الايام ، وان تطاول ذلك سنين والموكل غائب لم يحتج الى تجديد التوكيل اذا لم يقصر على مطلب

---

(١) هو عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني. اخذ عن كثير من اصحاب الامام مالك بن انس رضي الله عنه. وانتهت اليه الرئاسة في العلم ومدونته عليها الاعتماد في المذهب تولى قضاء القيروان في عهد محمد بن الاغلب سنة ٢٣٤ وتوفي وهو يتولاه في رجب سنة ٢٤٠ ومولده سنة ١٦٠

(٢) هو الحسن ابن ابي الحسن عيسى ابن اصبغ المعروف بابن المناصف. روى عن ابن عتاب وسمع منه المدونة. مولده سنة ٥٠٢ وتوفي ٥٨٠

(٣) هو محمد بن احمد ابن الخطيب محمد بن مرزوق. صاحب الاجوبة والفتاوى النفيسة في انواع من العلم والتآليف الممتعة الجيدة منها شرح البردة واغتنام الفرصة في محادثة عالم قفصة واختصار الحاوي في الفتاوي وشرح على مختصر خليل لم يكمل. شرحه من اوله ومن كتاب القضاء. مولده سنة ٧٦٦ وتوفي سنة ٨٤٢

سماه كما قدمنا فاما اذا اقصره على مطلب معين وكان بين المطلبين الاشهر فليس له ان يخاصم عنه الا فيما وكله فيه ، ويستحسن في مثل هذا ان يجدد له التوكيل وحينئذ يتكلم عنه ، اهـ من التبصرة صفحة ١٢٥ من الجزء الاول ،

وليس للوكيل ان يوكل غيره إلّا اذا جعل له توكيل الغير او كان وكيلا مفوضا على الراجح ، لكن العمل بتونس (١) على ان لا يوكل المفوض إلّا بالنص عليه ؛ حكاه ابن ناجي ، ومثله في خامسة نكاح الحاوي (٢) ونقله صاحب البرنامج في مبحث الوكالة والشيخ حسن الشريف في حاشية الزقاقية ،

وليس للانسان ان يسند الوكالة في قضية واحدة الى وكلاء متعددين لان الاصل مباشرة الانسان الخصام بنفسه لكن جعل له توكيل الغير لاحتمال ان به عذرا يمنعه من الخصام كعجز او كثرة اشغال او وجل ، وهذه الاعذار تندفع بتوكيل الواحد ، فان اسند الوكالة الى جماعة متعددة امره القاضي ان يختار منهم واحدا يقتصر عليه في مرافعة الخصم ان لم يكن احدهم قاعد الخصم ثلاثا وإلّا تعين من تكررت مرافعته ثلاثا لاتمام النازلة ،

واذا كان القائم ناظرا في حق منظوره اياكان او وصيا او مقدم قاض كان له الخصام في حق منظوره سواء أكان الحجر لسفه او صغر ، بيد ان الحجر للسفه يمنع الناظر من الخصام في غير الحقوق المالية ، واذا كان للناظر محجورون متعددون عين الناظر المنظور المترافع في حقه وسماه؛ ولايطالب باكثر من ذلك

---

(١) نظمه صاحب العمليات العامة فقال :

لكن اهل القيروان عملوا ❁ بأن ذا التفويض لا يوكل

(٢) الحاوي في الفتاوى كتاب لابي القاسم بن احمد البرزلي البلوي القيرواني ثم التونسي . اخذ عن ابن عرفة ولازمه نحو اربعين سنة . واحمد بن حيدرة التوزري وغيرهما . واخذ عنه ابن ناجي وحلولو والرصاع ومحمد بن احمد عظوم وابن مرزوق الحفيد والاخوان القلشانيان . توفي سنة ٨٤٣ او سنة ٨٤٤ او سنة ٨٤١ وعمره ١٠٣ سنوات .

كما صرح به عياض (١) في جواب له نقله صاحب المعيار (٢) في الجزء العاشر صفحة ١٧١ من الطبعة الفاسية .

وليس للناظر الدعوى في حق السفيه في غير المال (٣) كالدعوى على الزوج انه يضر بزوجه؛ وكطلب معاشرته لها؛ او طلب بنائه بها؛ إلّا بتوكيل خاص من السفيه؛ كما في التبصرة صفحة ١١٤ من الجزء الاول. فان قيل طلب البناء يئول الى الحقوق المالية لوجوب الانفاق على الزوج بالدعاء الى الدخول واذا سقطت نفقتها عن نفسها بالدعاء الى الدخول فكيف لايكون للناظر طلبه ؛ قلنا للمحجورة ان تسقط نفقتها على الزوج لتبقى في عصمته ومن حجتها ان طلاقها يفضي الى ان تعول نفسها مع فوات ما ترغب من بقائها في عصمة هذا الزوج . ففي المعيار من جواب ابن لبابة (٤) وغيره فيمن قام على ابنته يطلب كالئها من زوجها والزوج يقول ان زوجتي لا تطالبني قال نزلت عند القاضي محمد بن مسلمة فقال له الشيوخ لايجوز التكلم عنها إلّا بوكالة. وكان مضى لبناء الزوج بها ثمان سنين. قال ابن لبابة هذا الذي اذهب اليه وافتي به اذا مضى لها مثل هذه المدة.

---

(١) هو ابو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن محمد اليحصبي السبتي الدار والميلاد الاندلسي الاصل. تولى قضاء سبتة وغرناطة. له التصانيف المفيدة البديعة من اشهرها كتاب الشفاء واكمال المعلم في شرح صحيح مسلم ومشارق الانوار وترتيب المدارك. مولده سنة ٤٩٦ وتوفي بمراكش سنة ٥٤٤

(٢) هو احمد بن يحي بن محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي صاحب التاليف الكثيرة وقد اتم المعيار سنة ٩٠١ ومن تااليفه الفائق في الوثائق. توفي سنة ٩١٤

(٣) نظمه صاحب العمليات العامة فقال :

ولا يقوم عن سفيهة اب ❊ فدونه، حقا بدنيا يطلب
كضرر الزوج بلا وكالة ❊ لان للسفيهة احتماله

انظر شرحها صفحة ٢٥٦ الطبعة التونسية

(٤) هو محمد بن عمر بن لبابة القرطبي الامام المشاور. انفرد بالفتوى بعد ايوب بن سليمان ودارت عليه الاحكام نحو ستين سنة. توفي في شعبان سنة ٣١٤ وسنه ثمان وثمانون

واجاب ابو محمد عبد القادر ان رضيت بالطلب فله ذلك وان كرهت لم يكن له ذلك؛ لان ذلك يؤدي الى فساد حال الزوجين وانما له النظر فيما يؤدي الى الصلاح في حالهما؛ إلّا ان يكون الزوج ظهر منه تنافر واتلاف بحيث يعلم انه ان لم يطلب به يتلف الكالىء ولا يوجد ما يؤخذ منه ان طلب به يوما ما؛ فيكون له اخذه وان كرهت . اه . وقال بعض الاندلسيين ان للمحجورة الرضى بأن يكون زوجها في منزلها مجانا وان تنفق على نفسها لمصلحتها بأن تفعل ذلك رغبة ومخافة طلاقها ولغبطتها به وانه ان طلقها بقيت بدارها وتنفق على نفسها وتفقدما ترغبه من زوجها . وبه افتى ابن عتاب (١) . عياض وبه قال شيخنا هشام بن احمد(٢) والقاضي ابن حمديس(٣) وهو الذي يوجبه النظر . ووافقهم الشعبي(٤) في اسكان زوجها دون الانفاق . اه.

وينبغي ان يتفطن الى ان المسالة في بنت محجورة . ولعلهاجدد عليها الحجر اثر البناء؛ لان المكث ثمان سنين في بيت الزوج يوجب انطلاقها من ولاية ابيها ان لم يكن جدد الحجر عليها. ومراد ابن لبابة بقوله اذا مضى لها مثل هذه المدة هو ان مرور هذه المدة يحقق الالفة والمعاشرة بين الزوجين وتعلق كل بصاحبه؛ فلا

---

(١) هو محمد بن عبد الله بن عتاب القرطبي شيخ المفتين بها. تفقه بابن النجار وابن ابي الاصبغ وابن بشير؛ صحبه اثني عشر عاما وكتب له في مدة قضائه. اخذ عنه ابن سهل وابو جعفر بن رزق. مولده سنة ٣٨٣ وتوفي سنة ٦٢ ؛

(٢) هو هشام بن احمد بن هشام الهلالي يكنى ابا الوليد، من اهل غرناطة وولي قضاءها مولده سنة ٤٤٤ وتوفي سنة ٥٣٣

(٣) هو قاضي قرطبة الناقم على احياء الغزالي وما ورد فيه؛ حتى كفر مؤلفه واغرى السلطان باحراقه واستشهد فقهاءه فأفتى هو وهم بذلك؛ فامر علي بن يوسف بن تاشفين فأحرق بباب قرطبة. وكان تاريخ هذا الاحراق سنة ٥٠٧

(٤) هو ابو المطرف عبد الرحمن بن قاسم الشعبي المالقي. كان عالما بالنوازل والاحكام وانفرد في بلده برئاسة الفتوى، نحوا من ستين سنة. له فتاوي في غاية الجودة. مولده سنة ٤٠٢ وتوفي في رجب سنة ٤٩٧ ؛

يمكن الاب من اثارة ما يفسد تلك العلائق. وتعرض للمسالة شارح (١) العمليات الفاسية عند قول ناظمها (٢)

وبرضاها يطلب الكالئ لا ❋ ان كرهت ما لم يخف نفي الملا

وفي التبصرة الفرحونية صفحة ١١٦ من الجزء الاول؛ ليس للاب القيام بطلب تطليق ابنته البكر بعدم النفقة إلا بتوكيل منها اهـ

وللاب الواجب عليه نفقة ابنته لفقرها ان يطلب من الزوج البناء ليسقط عن نفسه الانفاق

ولا يقبل القاضي الخصام في حق الغائب من غير وكالة. هذا الذي جرى به العمل التونسي من اقوال في المسألة نقلها شراح التحفة عند قولها « وغائب ينوب في القيام » البيتين . ونقل حكاية هذا العمل عن الشيخ الشاذلي بن صالح (٣) كبير اهل الشورى. ويؤيده قول البرزلي في الخامسة والثمانين من اقضيته؛ ظاهر قسمة المدونة يقام له بلا وكالة؛ والذي به العمل ان لا يقام له ولو من قريب القرابة. انظر برنامج الشوارد للشيخ عظوم قبيل مبحث الشهادات .

الدعوى فيما فيه حق الله

تقبل الدعوى فيما فيه حق لله من كل احد؛ وهو معنى القيام حسبة؛ كدعوى ان هذه الارض مقبرة او هذا البناء مسجد او الموضع الذي بني فيه اقتطع من

---

(١) شارح العمليات الفاسية هو ابو عبد الله محمد بن قاسم السلجماسي الرباطي. وقد شرحها شرحا مطنبا يدل على ما لصاحبه من طول باع وسعة اطلاع.

(٢) ناظم العمليات الفاسية هو ابو زيد عبد الرحمن الفاسي ابن الشيخ عبد القادر الفاسي من البيت الفاسي المشهور بالعلم والفضل. توفي سنة ١٠٩٦

(٣) هو محمد الشاذلي بن الشيخ عثمان بن صالح. من ذوي الرسوخ والاضطلاع في العلوم بتونس وبالاخص الفقه المالكي. له رسائل محررة وفتاوي كثيرة. تولى القضاء بباردو ثم الفتيا سنة ١٢٧٧ ثم رئاسة المفتين ثم صرف عنها سنة ١٣٠٢ ـ توفي سنة ١٣٠٩

الطريق العام او ان هذه المرأة التي يرخي فلان الستر عليها مبتوتة له او ان هـذا المكان المبيع حبس على الفقراء او طلبة العلم او ان المقدم عاث في مال منظوره فسادا او ما اشبه ذلك ، وعكس المسألة ان تقع الدعوى على حبس او مسجـد او محجة ، وحينئذ يقيم الحاكم وكيلا يدفع عنـه فان وجب عليه قضى بـه وإلّا فلا ، قاله في التبصرة صفحة ١٢٧ من الجزء الاول ، قلت وعملنا جـار على ان تلك الجهات ان كان لها ناظر استدعي لها واجري الخصام معه وان لم يكن لها ناظر قدم القاضي مقدما وقتيا ليخاصم عنها ، وهل للاجنبي كشف الوصي عن مال المحجور وتسلم نسخة بالشهادة على ما عنده : وهل للمحجور ذلك ، ذكر ابن نـاجي في الحادية عشرة من هبة كبيرة عن شيخه البرزلي ان لكل من المحجور والاجنبي الحق في ذلك ، وسلمه مقتصرا عليه ، ونقله صاحب البرنامج في ص ١٤٣ - وفي كتب الاحكام عن احمد ابن نصر(١) لا يكشف على الوصي قريبا كان القائم أو بعيداً إلّا ان يستراب في نظره ؛ مثل ان يلحقه دين لكثرة ما بيده من المال او ينفق على نفسه اكثر مما يحمل ماله ، وقال غيره وهذا اذا كان اصل المال عنـده معروفـاً فان لم يكن معروفـا وجب تعرف قدر مـا عنده ، وكذلك الاب في ابنه الصغير . انظر حاشية الشريف عند قول الزقاقية

« هكذا منع والد ❁ فقير من اخـذ المال للولد فاعملا »

المطلب الرابع في شروط صحة الـدعوى

يشترط في صحة الدعوى ان تكون مبينة غير مجملة كلما امكن ذلك ولم يكن

---

(١) هو احمد بن نصر بن زياد الهواري . أخذ عن ابن عبدوس وابن سحنون ويحيى بن سلام وحماس القاضي . وتفقه عليه اكثر القرويين . مولده سنة ٢٣٥ - او سنة ٢٣٦ وتوفي سنة ٣١٩ قال ابن فرحون وفي المالكيين من يشتبه به وهو احمد بن نصر الداودي الاسدي ابو جعفر المتوفى بتلمسان سنة ٤٠٢

هناك عذر في الاجمال ؛ وان تكون موجهة على معين ؛ وان تكون بحيث لو أقر بها المطلوب أو قامت عليه الشهادة بها لزمته ، وقيدنا بالامكان وعدم قيام العذر لادخال نحو لي عليه شيء من المال أو لي حظ من هذه الارض ؛ فان الطالب اذا كان يعرف قدر حقه وامتنع من البيان لم تسمع دعواه؛ بخلاف ما اذا جهل قدره كدعوى الرجل منابا من وقف كثر مستحقوه فانه يعذر لغلبة الجهل بكيفية قسمة الاوقاف ، قال المازري (١) وأما لو ايقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء جهل مبلغه وأراد من خصمه ان يجاوبه عن ذلك باقراره بما ادعى على جهة التفصيل وذكر المبلغ الحق ؛ لزم المدعى عليه الجواب ، وأيده الحطاب(٢) قائلا ؛ مسائل المدونة وغيرها صريحة في سماع الدعوى بالمجهول اذا كان لا يعرف قدره ، وصوب البساطي (٣) ما للمازري ، وحكى الرهوني (٤) عن شيخه الجنوي (٥) جريان العمل به - اي في المغرب ،وفي التبصرة لو أدعى حقا في هذه الدار او الارض ، وقامت بينة ان له فيها حقا لا يعلمون قدره ؛ فهي دعوى مسموعة. انظر شروح التحفة عند قولها

---

(١) هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المروف بالامام. كان حافظا نظارا مجتهدا في المذهب. له من التاليف شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب وشرح البرهان لامام الحرمين والمعلم شرح لصحيح مسلم وغيرها. ومن شيوخه اللخمي وعبد الحميد الصائغ. توفي في المهدية سنة ٥٣٦ ودفن بالمنستير

(٢) هو محمد بن محمد الحطاب المكي المولد والقرار. له تاليف قيمة منها شرح المختصر الخليلي وتحرير الكلام في مسائل الالتزام. مولده سنة ٩٠٢ وتوفي سنة ٩٥٤

(٣) هو محمد بن احمد البساطي الطائي قاضي القضاة بمصر. آخذ عن بهرام والاقفهسي واخذ عنه السنهوري والقلصادي والسخاوي وغيرهم. مولده سنة ٧٦٨ وتوفي سنة ٨٤٢

(٤) هو محمد بن احمد الرهوني صاحب الحاشية النفيسة على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني للمختصر الخليلي. توفي سنة ١٢٣٠

(٥) هو محمد بن حسن الجنوي الحسني التطاوني. اخذ عن الشيخ محمد جسوس وعمر الفاسي والتاودي وغيرهم. واخذ عنه الرهوني وغيره. له تقاييد على شرح الزرقاني والحطاب والرماصي والبناني. وطرر على شرح ميارة للتحفة. مولده سنة ١١٣٥ وتوفي سنة ١٢٢٠

ومن لطالب بحق شهدا ... ولم يحقق عند ذاك العددا

والتبصرة ص ٢١٥ من الجزء الثاني .

وانبنى على شرط البيان ورفع الاجمال ان المقال في استحقاق العقار تستدعى صحته تعيين ناحية العقار وتشخيصه بذكر حدوده من جهاته الاربع (١) على وجه مفصل كان يقال ارض أو دار أو حانوت ببلد كذا يحده قبلة ارض لفلان بن فلان أو بستان لفلان بن فلان أو واد يعرف بكذا أو طريق عام . وكذلك يفعل في بقية الحدود . ولا يكفي التحديد بالاشخاص كان يقال يحده فلان . ولو عين المدعي حدودا للعقار المتنازع فيه؛ فزعم المدعى عليه ان حدود العقار الذي بيده مخالفة للحدود التي ذكرها المدعي وعين حدودًا اخرى لكان من اللازم ان تقع الدعوى والجواب على عين المتنازع فيه ليكون معينا ؛ ويؤمر الخصمان باحضار شهود يشهدون بحيازته ؛ أي حدوده . ويتلقى شهادة هؤلاء الشهود وتقييد الدعوى والجواب عدلان يأذنهما القاضي بالخروج الى محل النزاع لتلقي الشهادة وسماع الدعوى والجواب . ومن هنا سمى العامة ما ذكر بالتوجه . ولقاضي الحاضرة اذا كان المتنازع فيه ببلد فيه قاض ان يكاتب قاضي بلد العقار المتنازع فيه بان يختار عدلين من عدول بلده للقيام بهذه الاعمال . يأذنهما بذلك ويختم بختمه ما يتمانه ويوجه للقاضي .

والمصاريف الناشئة عن تقييد الدعوى والجواب على العين تحمل على المبطل في التحديد فان كان التجازف من الخصمين معا حملت عليهما .

---

(١) المذهب الحنفي يرى ان تحديد العقار لا يكون بذكر الاشخاص المالكين لما يحيط بالعقار من العقارات وانما يكون بذكر العقار المحاد له وبيان نوعه ككونه ارضا او دارا او جنانا وبيان مالكه ان كان ملكا او مستحقه او المحبس له ان كان وقفا. ويلزم ان يبين مع اسم المالك اسم ابيه واسم جده الا اذا كان له لقب مشهور به فذكر اللقب يغني عن ذكر اسم الجد. واذا كان المحدود به على ملك متعددين ورثة او غير ورثة فذكر واحد منهم كاف. وتذكر

والمقال في دعوى استحقاق العروض والحيوان والطعام يلزم فيه تعيين النوع وبيان العدد والقيمة ، فيذكر في الثياب انها اقمصة او برانس وان عددها كذا وانها من حرير أو صوف أو كتان وان قيمتها كذا. ويستحسن التوسع في الوصف ككونها بالية أو جديدة وكونها من صنع بلد كذا . ويذكر في المصوغ انه من ذهب أو فضة وانه قرط أو سوار وانه مرصع بالياقيت أو خال منها وان قيمته كذا . ويستحسن التوسع كذكر نوع الحجارة يواقيت أو زمرد . ويذكر في الحيوان نوعه وانه ذكر أو انثى وان سنه كذا وان قيمته كذا . ويذكر في الطعام نوعه كقمح أو ذرة ووزنه أو كيله وان قيمته كذا .

وانبنى على شرط البيان ورفع الاجمال لزوم بيان المقدار الذي يدعي استحقاقه ككونه الكل او النصف او الثلث، ولا يكفي انه يستحق جزءا من النصف آل اليه هذا الجزء بالارث من فلان بن فلان المالك للنصف المذكور اذا تعددت الوراثات. ومن هنا يلزم الحاكم ان يأمر الطالب باقامة فريضة يتبين بها مقدار الجزء الذي يستحقه من النصف على دعواه. ويلزم اذا ادعى ان الحق لميت آل اليه كله أو بعضه بطريق الارث ان يدلي بوفاة المورث وجميع من انتقل ارثه اليه: اذ من حجة الخصم ان يقول هذا الذي تنسب اليه الملك حي ولو حضر لاقر ان الملك لي. فاذا اثبت موت من يقوم بسببه وعدة ورثته واثبت موت بعض ورثة الموروث الاول وجر القائم ذلك الى نفسه ولكن لم يجد من يشهد له بعدة سائر ورثة الوارثين غير من يدلي به ؛ كفاه ذلك على ما افتى به الشيخ عمر الفاسي(١)

الفواصل الطبيعية او الصناعية بين الحد والحدود. ويكتفي بثلاثة حدود ولكن اذا ذكر الرابع يلزم ذكره محررا على الوجه الاتم.

(١) هو عمر بن عبد الله بن يوسف بن العربي الفاسي من بيت الفاسي الشهير. كان نظارا فقيها اصوليا له تاليف ورسائل عديدة نفيسة. من اشهر مؤلفاته شرح التحفة وشرح لامية الزقاق. توفي في رجب سنة ١١٨٨

قائلا : يحكم للقائم بقدر ميراثه لعلم نصيبه وتحققه وليس عليه ان يثبت تناسخ الوراثات الذين لا يدلي بهم .

ولا يكفي في اثبات وفاة من نسب اليه الملك وعدة ورثته؛ اقرار المطلوب بذلك؛ فقد قال المشاور ان قال المدعي أنت عالم بموته وعدة ورثته قال وان أقر بذلك لم يقبل ؛ لما فيه من الزام الحقوق وانما يكون شاهدا .اه ومعنى قوله لما فيه من الزام الحقوق ان الحاكم لو قبل اقرار المطلوب بوفاة من نسب اليه الملك وحكم به لكان حاكما بموت المنسوب اليه الملك فتعتد زوجته وتزوج عند انقضاء العدة وتنفذ وصاياه وتحل ديونه؛ ولا يصح شيء من ذالك دون ثبوت سواء قيل ان قوله المذكور اقرار او شهادة ؛ اذ الشهادة لابد فيها من عدلين والاقرار لم يكن هنا بالحق وانما كان بالموت الذي يتضمنه. وفي كون مضمن الاقرار كالاقرار خلاف اختلف الترجيح فيه بحسب الفروع فألغي هاهنا بالكلية لما يترتب عليه مما ذكر. وما ذكره المشاور مثله لعياض في الاكمال على وجه يفيد انه متفق عليه عند المالكية؛ وما بحث به الشيخ التسولي (١) في شرح التحفة في كلام المشاور لا معول عليه ؛ وعملنا جار على كلام المشاور الذي اشار اليه الزقاق بقوله

ومن يدعي حقا لميت ليثبتن له الموت والوراث بعد لتفصلا

لكن قال ابن سلامة (٢) في حاشية التحفة كنت استشكل عدم كفاية اقرار الخصم بالورثة والموت مع ان المقر بوارث يلزمه الاقرار فيما بيده كما في المختصر

---

(١) هو علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديديش. كان فقيها بحاثة له من المؤلفات شرح التحفة وشرح شامل بهرام وحاشية على شرح التاودي للامية الزقاق وفتاوى، توفي سنة ١٢٥٨

(٢) هو محمد بن محمد الطيب بن احمد بن علي بن سلامة. تولى قضاء الجماعة بتونس ثم الفتيا وكان شديد الذكاء. تفقه بقاضي الجماعة الشيخ محمد البحري بن عبد الستار. له حاشية على شرح التاودي للتحفة بقيت في مسودتها. وتوفي سنة ١٢٦٦

وغيره حتى رأيت الابي(١) على مسلم(٢) قال في حديث الحضرمي والكندي(٣) حيث قال كانت لابي وغلبني عليها ما حاصله ان محل اثبات الموت إذا ادعى أخذ المستولي من يد الميت أما إذا أدعى الاخذ من يده ونسبه للميت فلا؛ والاقرار بالموت والورثة فيما ينسب للميت ويحتاج لاثبات الورثة؛يوجب رفع يدالمقر عن

---

(١) هو محمد بن خلف المعروف بالابي الوشتاتي. من اكابر اصحاب ابن عرفة أخذ عنه ولازمه وانتفع به. وأخذ عنه ابن ناجي وعمر القلشاني وابو زيد الثعالبي. له شرح على صحيح مسلم سماه اكمال الاكمال وهو مشهور متداول ولا سيما بعد طبعه؛ وشرح المدونة. تولى قضاء الجزيرة سنة ٨٠٨ وتوفي سنة ٨٢٨

(٢) هو ابو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المجمع على جلالته وامامته ألف كتابه الصحيح الذي انفرد بحسن الترتيب وتلخيص طارق الحديث. توفي بنيسابور سنه ٢٦١ وهو ابن خمس وخمسين سنة.

(٣) حديث الحضرمي والكندي اخرجه مسلم في كتاب الايمان عن سماك عن علقمة ابن وائل عن ابيه قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي يا رسول الله ان هذا قد غلبني على ارض لي كانت لابي فقال الكندي هي ارضي في يدي ازرعها ليس له فيها حق فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه قال يا رسول الله ان الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع عن شيء فقال ليس لك منه الا ذاك فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض.

ثم اخرجه عن عبد الملك بن عمير عن علقمة بن وائل عن وائل بن حجر عن ابيه قال كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتاه رجلان يختصمان في ارض فقال احدهما ان هذا انتزى على ارضي يا رسول الله في الجاهلية وهو امرؤ القيس بن عابس الكندي وخصمه ابن عَبْدَان فقال بينتك قال ليس لي بينة قال يمينه قال اذا يذهب بها قال ليس لك الا ذاك قال فلما قام ليحلف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقتطع ارضا ظلما لقي الله وهو عليه غضبان. واخرجه ابو داود في سننه في كتاب الايمان والنذور عن السماك بمثل ما اخرجه مسلم وعن الاشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم في ارض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله ان ارضي اغتصبنيها ابو هذا وهي في يده قال هل لك بينة قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم انها ارضي اغتصبنيها أبوه فتهيأ الكندي لليمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقتطع احد مالا بيمين الا لقي الله وهو اجذم فقال الكندي هي ارضه.

واعاد الحديث بطريقيه في كتاب الاقضية.

المتنازع فيه فقط ولا يحكم به للمدعي اذ قد يكون لـه وارث ءاخر فلا يحكم فيما لثالث بين اثنين؛ بخلاف ما اذا ثبت الارث فانه اعتراف فيما ثبت انـه له وخصام مع مالك .

وللافتقار الى اثبات الوارثات في دعاوي الاملاك المنسوبة لميت جرت العادة في كتب المقالات بتصديرها بتضمين الوفيات ثم تذكر الدعوى: فابتداء الدعوى من قول الموثق فهو يطلب كذا وما قبله تمهيدات لتصحيح الدعوى وايضاحها

وكما ان المطلوب لا يكلف بالجواب اذا مات رب الحق حتى يثبت الطالب موته ووراثته؛ كذلك اذا مات المطلوب وقام رب الحق أو ورثته على ورثة المطلوب فلا تكلف ورثته بالجواب حتى يثبت القائم موته وعدة ورثته من اجل مايحتاج من الاعذار اليهم كما في المتيطية .

وانبنى على اشتراط ان تكون الدعوى بحيث لـواقر بهـا المطلوب او قامت عليه البينة بها لزمته عدم سماع دعوى البيع والشراء والقبض والابراء والتبرعات على المحجور : بخلاف دعوى الغصب والتعدي والاضرار وترك الانفاق الواجب والطلاق والارتجاع والظهار والايلاء: فان الدعوى بها تسمع عليه.

المطلب الخامس فيما يلزم اشتمال الدعوى عليه اذا سأله المطلوب

هناك اشياء تلزم في الدعوى اذا سألها المطلوب؛ منها حصرها: فاذا قال المطلوب لا اجيبك حتى تجمع مقالاتك وتحصر دعواك؛ فان كانت الدعوى متعلقة بالميراث لم يلزمه ذلك لان الميراث لا يحاط به؛ وان لم تتعلق بالميراث لزمه. هذا الذي به العمل من اقوال في المسألة حكاها الزقاق بقوله في لاميته

وهل مدع يلجأ لجمع حقوقه   نعم ان بدا تعنيته او نأى ولا
وقيل يجمع عند احلافه فقط   وتمييز ارث من سواه قد انجلا

لكن محل عدم حصر الدعوى في الميراث اذا لم يطلب الخصم ان يحصرها

على ما في علمه وإلّا لزمه ذلك. ويترتب عليه إنه إذا أدعى دعوى اخرى يحلف انه لم يعلم بها وقت حصره لغيرها ويكلف المطلوب حينئذ بالجواب عنها. انظر شرح العمل عند قوله جمع الدعاوي في يمين. ويوضحه ما في نوازل الدعاوي من المعيار ص ١٧٤ من الجزء العاشر من الطبعة الفاسية سئل البرقي (١) عمن توفي زوجها فقام يطلبها بعض ورثته عن اشياء وصاها بها واشياء من التركة لم يوص بها واشياء من قبلها لم يسمها؛ فانكرت الجميع وأرادت الحالف يمينا واحدة لانها مطالب مالية؛ فيتجمع عليها من التركة جميع ما يعلمه ويحلفها عليه وطلبت حلفه انه ما يعلم من التركة سوى ما ذكر مما لم يسمه لئلا تتكرر عليها اليمين مما لم يذكره أولا؛ وقال الطالب بل لكل دعوى يمين لاختلافها في اصل الدعاوي؛ فهل يعمل على قوله أو قولها؛ فاجاب كل دعوى ذكرها من قبل وصية ميت أو ادعى كل من يستحق الدعوى على مطلب واحد فانها تجمع في يمين واحدة؛ وما وقع في المذهب ان دعاوي المواريث لا يلزم جمعها فمعناه ان الوارث ربما كان لموروثه حق لا يعلمه حين القيام فلو جمع في اليمين لادى الى ابطاله فيضر به؛ واذا ذكر الوارث مطالب وسماها جمعت في يمين واحدة، ويبقى ما لا يعلمه حين القيام فيقوم به متى علمه؛ وما طلبته من يمينه عما لم يسمه فينبغي سؤال الوارث عنه فان انكر قوله وعلمه فينبغي تقييد الشهادة عليه ولا قيام له بعد ذلك إلّا باظهار امر يعلم انه لم يكن معلوما عنده ويعرف ذلك عند الاشهاد به عليه. اهـ. لكن ما اقتضاه هذا الجواب من وجوب يمين واحدة للدعاوي المتعددة: هو الذي عليه العمل بقرطبة في نقل القاضي ابن سهل وغيره ان الدعاوي اذا كانت لشخص واحد تجمع في يمين واحدة ولا تتعدد الايمان بتعدد الدعاوي. والذي به العمل

---

(١) هو محمد بن عبد الله البرقي من بيت علم بمصر. اخذ عن عبد الله ابن عبد الحكم وأشهب وابن كبير وأصبغ بن الفرج. من مؤلفاته اختصار مختصر ابن عبد الحكم توفي سنة ٢٤٩

في القيروان تعدد الايمان بتعدد الدعاوي ولو لشخص واحد.ذكره الشيخ ابن ناجي ونقله عظوم في برنامجه وخرج عليه فتواه في نازلة اختلف فيها مع بعض معاصريه وساقها في البرنامج فارجع اليه ان شئت .

وما تقدم من لزوم حصر الدعوى في غير المواريث اذا سأله المطلوب؛محله اذا لم تكن الدعوى من ناظر في حق محجوره وإلّا لم يحصر الدعوى في تقييده لان حصره معناه لا حق لمحجوري عليك إلّا ما ذكرته في التقييد؛ فهو اقرار من أب أو وصي في حق محجور وهو باطل . قاله عظوم في البرنامج ونقله الشريف في حواشي الزرقانية قبيل قولها «يمين قضاء لا تعاد سوى لمن» بنحو ورقة.

ومنها اذا كان الحق لجماعة متعددة كحق في دار ورثه جماعة، او دين على شخص ورثه متعددون؛و كأصحاب جنات لهم حق في ماء ؛ ان يجتمعوا على مطالبته او توكيل واحد اذا سأل المطلوب ذلك وأبى من الجواب حتى يقوم جميعهم على مطالبته أو يجتمعوا على توكيل واحد؛فيؤمرون اذا قاموا كلهم بأن يوكلوا واحدا أو يحضروا جميعا لمخاصمته ولا يتعاورونه واحداً بعد واحد لما في ذلك من اعناته وادخال الحرج عليه.أما اذا قام بعضهم وبعض غائب فيمكن القائم من الدعوى وليس للمطلوب ان يقول لا أجيب حتى يحضروا. ثم ان كان القائم الحاضر بالبلد واحداً امر المطلوب ان يجيب،ولا يقضى له إلّا بحقه ولا ينزع باقي الحق من يد المحكوم عليه، اذ لعل الغيب يقرون بانه للمحكوم عليه. وأما اذا كان القائم الحاضر اكثر من واحد فلا بد من توكيل واحد فقط أو الحضور؛ كما اذا قام جميعهم.وان كان غير القائم حاضراً فمن حق المطلوب ان يقول لا اخاصم حتى يوقف الحاضرون فأما ان يسلموا لي ويوكلوا واحداً أو يحضروا جميعا:فمتى طلب الخصم ذلك اجابه الحاكم اليه وكلفهم باحضارهم ذلك.ولا يجب ذلك على الحاكم ان لم يطلبه المدعى عليه،

وجمع ذوي الحق المشترك ليسلموا أو يوكلوا واحداً انما هو على القائم لا على المطلوب؛ كما تدل عليه عباراتهم خلافا لما استظهره الشيخ الرهوني؛ وقد اشبع الشيخ مهدي (١) في حاشية الزقاقية النقل بما يفيد ذلك؛ فارجع اليه ان شئت ،

ومنها ان يبين السبب الذي من اجله ترتب ما في ذمة المطلوب كأن تقول المرأة لي عشرة تزوجته بها أو انفقتها على ولده الواجب انفاقه عليه. ويحمل ما ادعى على الصحيح؛ فان لم يذكر المدعي السبب لزم الحاكم ان يسأله عنه؛ فان غفل الحاكم فمن حق المطلوب السؤال عن السبب؛ فإن بين الطالب السبب وقف المطلوب على ذلك ولزمه ان يقر أو ينكر؛ وان أبى الطالب من بيان السبب فان أدعى النسيان قبل منه بغير يمين. وقال الباجي القياس ان لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب إنه لا يذكر سبب ما يدعيه: لانه قد يجد منه مخرجاً اذا ذكره، واذا كتمه لم يمكنه المخرج، فيكتمه ليلزمه اليمين، وان لم يدع الطالب نسياناً وامتنع من التبيين مع ذكره لم يسئل المطلوب عن شيء. قاله اشهب (٢) في المجموعة ونحوه في كتاب إبن سحنون (٣) .

---

(١) هو محمد المهدي بن خضر الحسني الوزاني الفاسي مفتي فاس وفقيهها. له مؤلفات تدل على سعة اطلاع منها حاشية على شرح التاودي للتحفة وحاشية على شرح التاودي للامية الزقاق وكتاب في الفتاوى توفي عن سن عالية سنة ١٣٤٢

(٢) هو اشهب بن عبد العزيز بن داود بن ابراهيم ابو عمرو القيسي العامري الجعدي. اسمه مسكين واشهب لقب مصري من اصحاب مالك. روى عن الامام والليث والفضيل بن عياض. وروى عنه الحارث بن مسكين وسحنون بن سعيد أثنى عليه الشافعي وانتهت اليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم وكتب سماعه عشرون وتوفي بمصر سنة ٢

(٣) هو محمد بن سحنون العالم بن العالم تفقه بأبيه ورحل الى المشرق فأخذ عن أعلام وأثنى عليه علماء عصره في مختلف الاقطار رزق المعونة في التأليف فألف مؤلفات كثيرة عد جلة منها ابن فرحون في الديباج. مولده سنة ٢٠٢ وتوفي بالساحل سنة ٢٥٦ وجيء به من الساحل الى القيروان فدفن بها

المطلب السادس في تبعيض الدعـوى

اختلف هل تتبعض الدعوى (١) ومن هذا من قال اعتقتك على مال وقال العبد بغير شيء؛ فقال في الكتاب القول قول العبد (٢) بناء على التبعيض ؛ وقال اشهب القـول قـول السيد بنـاء على عدمه؛ كما لو قال أنت حر وعليك كـذا؛ بخلاف الزوجة؛ اي يقول لها أنت طالق وعليك كذا ، ومنه من اقر بـالطلاق وادعى انه على شيء وانكرته الزوجة، فقيل يلزمه الطلاق (٣) بعد ان تحلف على ما قاله، وقيل القول قوله يحلف ويستحق. ومنه من قال طلقت وانا مجنون او صغير، فقال ابن القـاسم (٤) لا يلزمه اذا علم انه جن، والزمـه اللخمي

---

(١) مما يرجع الى تبعيض الدعوى اذا قال رجل اقررت لك بألف درهم وانا صبي؛ وقال الطالب بل اقررت لي بها وانت رجل . فعند ابن القاسم القول قول المقر مع يمينه ولا شيء عليه قال اهل العراق وكذلك لو قال اقررت لك بها في نومي او قبل ان اخلق؛ كان ذلك كله باطلا في قول ابن القاسم وأهل العراق ولا يلزمه عندهم شيء من ذلك لانه نسبه الى حال لا يثبت فيها اقراره . وبه الحكم . وقال سحنون يلزمه ما اقر به لان قوله وأنا صبي او في نومي او قبل ان اخلق ندم منه . اهـ من المفيد . ونقله شراح العمليات العامة صفحة ٢١٧ وفي شرح المواق للمختصر الخليلي عند قول خليل « او اقررت بكذا وانا صبي » ما نصه ابن رشد قوله غصبتك الف دينار وانا صبي لا خلاف في لزومه لان الصبي يلزمه ما افسد او كسر ؛ وقوله اقررت لك وأنا صبي يتخرج على قولين احدهما انه لا يلزمه اذا كان كلامه نسقا . وهو الاصح وعليه قوله في المدونة طلقتك وانا صبي . اهـ؛ انظر شرح المواق صفحة ٢٢٦ ج٥

(٢) جرى صاحب المختصر هنا على القول بالتبعيض فقال « والقول للسيد في نفي العدم لا في عتق بمال »

(٣) هذا الذي درج عليه خليل في مختصره حيث قال « وان ادعى الخلع او قدرا او جنسا حلفت وبانت » وشرحه المواق بقوله ابن عرفة فيها مع سماع ابن القاسم من اقر بخلع على شيء فأنكرته امرأته ولا بينه ؛ وقع الفراق. ولا شيء له وحلفت ما خالعته . ابن الحاجب اذا اقر بالطلاق واختلفا فيما وقع به الخلع او في وقوعه مجانا فالقول قولها مع يمينها واذا تنازعا في اصل العوض حلفت وبانت خلافا لعبد الملك ؛ وفي جنسه وقدره حلفت وبانت اهـ . شرح المواق صفحة ٣٨ ج ٤

(٤) هو عبد الرحمن بن القاسم العُتَقي . روى عن مالك والليث وعبد العزيز بن الماجشون وغيرهم. وروى عنه اصبغ وسحنون وعيسى بن دينار والحارث بن مسكين ويحيى بن يحيى

وسحنون؛واصله تبعيض الدعوى (١) انظر شرح المنهج المنتخب عند قول الناظم «وهل تبعض دعوى» صفحة ٩٣

المطلب السابع في اضطراب الدعوى

اذا اضطرب المدعي في دعواه سقطت؛ لان ذلك علم على بطلانه في دعواه. ولذلك امثلة ؛ منها ان يدعى شخص بشي كان ادعى به على غيره؛ فان ذلك يوجب الحكم ببطلان حقه وسقوط دعواه؛ لان الدعوى على شخص ابراء لغيره. ولافرق في تحويل الدعوى بين ان يكون ذلك في المدعى عليه او به. قاله في برنامج الشوارد ونظمه الشيخ السنوسي(٢) في لقط الدرر صفحة ٢٠٨ - ومنها من ادعى حظا من ارض أو دار بطريق الارث من ابيه ثم استظهر بالشراء من المقوم عليه؛ فان ذلك يوجب الحكم ببطلان حقه على ما قاله العبدوسي (٣) لتناقضه. وبيان التناقض ان المدلي بحجة قائل بما فيها؛ فئال الامر الى انه قائل بان هذه الارض له بطريق الارث وبطريق الشراء وذلك تهاتف. ومنها ان يدعي بشيء ثم يدعي اكثر منه؛فذلك يوجب بطلان دعواه على ما افتى به عظوم. وقال الشيخ التسولي ويدل على بطلان الدعوى بالاضطراب مسائل وقعت في المذهب متفرقة؛ منها ما

الاندلسي ومحمد بن الحكم وغيرهم. صحب مالكا عشرين سنة وتفقه به وبنظرائه وكان اعلم الناس بعلم مالك وءامنهم عليه. توفي بمصر في صفر سنة ١٩١ وهو ابن ٩٣ سنة

(١) ينبغي في كل مسألة ترجع الى تبعيض الدعوي ان ينظر الى ما رجح فيها؛ لا ان يجعل القول بعدم التبعيض مطردا او القول بعكسه مطردا ، لانه فُرّع على كل من القولين فروع اختلف الترجيح باختلافها .

(٢) هو محمد السنوسي الكافي التونسي ، اخذ عن علماء تونس الذين منهم الشيخ صالح الكواش والشيخ اشحمي والشيخ الفرياني. الف رجزا في الاحكام سماه « لقط الدرر » اشتمل على كثير مما جرى به العمل في تونس. تولى قضاء الجماعة وتوفي سنة ١٢٥٥

(٣) هو ابو عمران موسى بن محمدبن معطي العبدوسي؛ وبه عرف؛ الفاسي عالم فاس ومفتيها. اخذ عن القوري والجزولي. من تاليفه تقييدان على المدونة وتقييد على الرسالة. توفي سنة ٧٧٦

هو على العموم ومنها ما هو على الخصوص ، فمن الاول قولهم من اختلف قوله واضطرب مقاله سقطت دعواه وبينته. ومنه ما في العيار عن العبدوسي من تناقض كلامه فلا حجة له. ومنه ما نقله بعضهم عن ابن يونس(١) عن اشهب ان من اختلفت دعواه بأمر بيّن فلا شيء له ؛ هذا قول مالك.(٢) اهـ، ومنه ما في التوضيح (٣) ان الدعوى على شخص ابراء لغيره ، ومن الثاني قال في المعيار عن عياض ان من ادعى الارث ثم الشراء سقطت دعواه. ومنه ما في القضاء من معين الحكام فيمن ادعى في دار انها وراثة من آبائه فلما اثبت غيره الملكية اقام هو بينة بالشراء منه. ومنه مسائل مضمن الاقرار المذكورة في القضاء والوكالات والوديعة. ومنه ما في نوازل الدعاوي من المعيار(٤) في مريض تصدق

---

(١) هو محمد بن عبد الله بن يونس. تميمي صقلي الف كتابا جامعا للمدونة اضاف اليها غيرها من الامهات؛ وهو من الكتب المعتمدة. توفي سنة ٤٥١

(٢) هو امام دار الهجرة مالك بن انس بن ابي عامر بن عمرو بن غيمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث وهو ذو اصبح. وذو اصبح من قحطان. وابو عامر بن عمرو جد ابي مالك من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شهد المغازي كلها خلا بدرا. وابنه مالك جد مالك كنيته ابو انس من كبار التابعين يروي عن عمر وطلحة وعائشة وابي هريرة وحسان بن ثابت رضي الله عنهم. وقد اختلف في مولد الامام اختلافا كثيرا والاشهر انه سنة ٩٣ وروى عن مالك جماعة من شيوخه والمعاصرين له ممن هو اسن منه. وشهد له بالامامه شيوخه ومعاصروه واثنوا عليه كثيرا. له مؤلفات اشهرها الموطأ. وقد اقترح عليه تأليفه ابو جعفر المنصور. ومناقب الامام خصت بالتأليف. توفي رضي الله عنه سنة ١٧٩

(٣) هو لابي المودة خليل بن اسحاق الجندي احد شيوخ العلم والصلاح . اخذ عن ابن الحاج صاحب المدخل وابي عبد الله المنوفي وغيرهما. واخذ عنه بهرام والاقفهسي والبساطي وغيرهم. له تآليف نافعة مفيدة رزقت القبول من اشهرها شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي المسمى بالتوضيح ومختصره الفقهي الذي وقع الاعتناء به من علماء مختلف الاقطار فشرحه علماء من مصر والمغرب وتونس والجزائر والاندلس. توفي سنة ٧٧٦

(٤) وقع اجحاف في نقل التسولي لما في المعيار ربما يوقع لبسا في كيفية الاستدلال به. وتوضيحه بنقل كلام المعيار في صفحة ١٩٤ من الجزء العاشر بالطبعة الفاسية. قال : وسئل سحنون عن رجل تصدق على اخيه بنصف ماله وهو مريض مرضا طويلا دام سنين؛ يخرجه في حوائجه ويقضيها؛ فقبض اخوه الصدقة وحازها سنين ؛ ثم ان الاخ المريض مات؛ وقام عليه ورثة المتصدق؛ فقالوا للمتصدق عليه :

على اخيه فقبض الاخ الصدقة وحازها ثم مات المريض فرد على ورثته ما زاد على الثلث ثم تبين ان الصدقة في الصحة وانها جائزة كلها. ومنه من ادعى في ملك انه من اوقاف فلان ثم ادعى انه ملك لموروثه،افتى الحطاب بأنه لا حق له.ومنه من ادعى في ملك انه من مخلف ابيه فأثبت غيره انه ملك لموروثه فادعى انه أوصى له به، ومنه من ادعى في دار انها وراثة بينه وبين اخوته ثم ادعى انه انفرد بها بوصية أو صدقة من المورث،قال سحنون لا تقبل دعواه ولا بينته.وذكر الثلاثة الاخيرة الحطاب في باب الاقرار وذكر عن القرافي (١) انه اعتمد في المسألة الاخيرة خلاف قول سحنون فذكر في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين ان ضابط مالا يقبل الرجوع فيه ان يكون الرجوع لغير عذر عادي؛ وضابط ما يقبل فيه الرجوع ان يكون هناك عذر عادي كأن يقر الوارث للورثة ان ما تركه ابوه ميراث بينهم ثم جاء شهود اخبروه او وجد رسما بأن اباه كان تصدق عليه بهذه الدار في صغره وحازها له؛فانه اذا رجع وادعى انه لم يكن عالما بذلك تسمع دعواه وعذره؛ولا يكون اقراره السابق مكذبا لبينته. اه. ويؤيده ما في البرزلي عن المازري فيمن اقتسم تركة موروثه مع الورثة ثم وجد بينة تشهد له ببعضها؛ انه يحلف ما علم بينته إلّا الآن ويستحق.ونحوه في نوازل الزياتي فيمن سلم في شيء ظنا منه انه لا

لا يجوز الك الا الثلث؛ وقد سألنا الفقهاء فقالوا لا يجوز الك الا الثلث. فدفع اليهم المتصدق عليه ما زاد على الثلث؛ ثم علم ان الصدقة جائزة. فأجاب بأن قال من يعلم انك كنت جاهلا ان الصدقة الك كلها؛ انت تدفع اليهم مالك وتوجهه لهم بعد ما قد حزته وملكته؛ وقت الان تدعي الجهالة؛ ما ارى الك فيما دفعت اليهم حقا. قال له السائل انا اقيم البينة انهم قالوا ان هذه الصدقة لا يجوز لك منها الا الثلث؛ وقد سألت عن ذلك الفقهاء فاخبروني بذلك. فقال له اما ان اقمت البينة على هذا فأرى الك ان ترجع عليهم بما اخذوا منك. وبالله التوفيق. اه.

(١) هو شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي الصنهاجي المصري الاصولي الفقيه. اخذ عن ابن الحاجب وعز الدين بن عبد السلام والفاكهاني والبقوري وغيرهم. له تاليف بديعة من اشهرها التنقيح والذخيرة والفروق والاحكام في الفرق بين الفتاوى والاحكام والعقد المنظوم في الخصوص والعموم وشرح المحصول. توفي سنة ٦٨٤

يستحقه ثم تبين انه يستحقه فان التسليم لا يلزمه. وهذه النصوص كلها ظاهرة في ان تحويل الدعوى يبطلها حيث لم يتضح العذر؛ سواء حصرها واشهد انه لا دعوى له غيرها ام لا. فلا ينبغي ان يعتمد ما في التبصرة من ان محل ذلك إذا اشهد انه لا دعوى له سواها؛ ولا ما في اقضية البرزلي عن ابن حارث (١) ليس من ادعى دعوى يحجر عليه فيما سواها ان ادعى نسيانا؛ إلّا ان يكون في الكشف؛ اي التقييد: اقرار المدعي ان الذي كشف عنه هو ءاخر دعواه. انظر شرح التسولي للتحفة في قولها

لانه اضبط للاحكام * ولانحصار ناشيء الخصام

الفصل الثاني

في استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى - وفيه مباحث

المبحث الاول في كيفية استدعاء المطلوب

بعد تقديم الدعوى على الصفة المبينة بالفصل الاول وطلب استدعاء المطلوب للجواب؛ فأما ان يكون المطلوب محجورا أو رشيدا : فان كان محجوراً وكانت وكانت الدعوى في غير مال كالطلاق والحضانة والمعاشرة ؛ استدعي المحجور نفسه ؛ وان كانت الدعوى في مال استدعي حاجره ان كان له ناظر؛ وان لم يكن له ناظر قدم القاضي من ينظر في اموره وحينئذ يجري الخصام مع الناظر. وأما اذا كان المطلوب رشيداً؛ فإما ان يكون غائبا عن ايالة القاضي او حاضراً بها؛ واذا كان حاضرا بها، فإما ان يحضر بعد الاستدعاء أو يتخلف عن الحضور ؛ واذا حضر فإما ان يجيب أو يمتنع من الجواب؛ واذا اجاب فإما ان يقر أو ينكر.

---

(١) هو محمد بن حارث بن اسد الخشني. تفقه بالقيروان على ابن اللباد ورحل فسمع من ابن ايمن وقاسم بن اصبغ ومحمد بن يحيى بن لبابة. له تاليف. توفي بقرطبة سنة ٣٦١ وقيل سنة ٣٦٤

واذا حضر وأنكر فكلف الطالب بالادلاء ببينته؛ فإما إن يستمر المطلوب على الحضور الى ان تنتهي النازلة بالحكم أو يلدّ عن الحضور في اثناء الخصام. اما كيفية استدعاء المطلوب للجواب عن الدعوى فانها تكون على ما جاء به الامر العلي (١) المؤرخ في ١٦ ربيع الاول ١٣٥٦ وفي ٢٧ ماي ١٩٣٧ وقد جرى هذا الامر على احد الاقوال الثلاثة في المتغيب ابتداء عن حضور مجلس الحكم المشار اليها بقول الزقاق

اذا يختفي خصم ببيت فأرسلن   عدولا له مع من نادي ألا ألا
لتحضر وإلّا فوكّل ثلاثة   يقام وبعد احكم ويمضي وحصلا
لبعض به هجما وقيل يفتشه   بعدلين والاعوان والنسوة اعقلا

فان حاصل ما ذكروه في المسألة ان المتغيب ان كان له مال ظاهر وأثبت الطالب حقه حكم عليه؛وان لم يكن له مال ظاهر ففيه ثلاثة اقوال.احدها ان يرسل اليه القاضي عدلين مع رسول ثقة ينادي يا فلان ان فلانا رفعك الى القاضي فلان فلتحضر لديه لتخاصمه فان أبيت اقام لك وكيلا يخاصم عنك؛يقول ذلك ثلاثة ايام في كل يوم ثلاثة مرات؛ فان لم يحضر أقام له القاضي وكيلا وحكم عليه ويرجىء له الحجة . الثاني ان يهجم عليه في بيته على حين غفلة فيخرج من مكانه الذي اختفى فيه . الثالث ان يبعث اليه عدلين والاعوان. والنسوة فيهجم عليه النسوان ويعزلن حرمه بمحل خاص فيدخل الاعوان والظاهر ان القولين الاخيرين بمعنى واحد كما جزم به التسولي في حاشية الزقاقية. فالامر العلي جار على اول الاقوال:لان امضاء المطلوب بجذر الاستدعاء دليل على بلوغ الاستدعاء اليه؛فهو بمنزلة شهادة العدلين بوقوع استدعائه، والتنصيص في الاستدعاء الاخير انه اذا لم يحضر يسمي له القاضي وكيلا ويحكم

---

(١) هذا الامر العلي صدر قبل صدور المجلة الشرعية للمرافعات المؤرخة في ٢٨ شوال سنة ١٣٦٨ وفي ٢ سبتمبر سنة ١٩٤٨ وقد تضمنت ما جاء به الامر المذكور الا استدعاء الطالب فانه كان مرتين فصار مرة واحدة.

عليه؛ بمنزلة نداء المنادي بذلك. فان قيل ما ذكروه في المتغيب الذي اختفى والامر العلي لم يفرق بين اختفاء المتغيب وظهوره مع ان حكم الحاضر الذي لم يختف الرفع الى القاضي كما قال خليل «وجلب الخصم بخاتم أو رسول ان كان على مسافة العدوى (اي مسافة القصر) لا أكثر كستين ميلا إلّا بشاهد» اه. وكما قال ابن سلمون (١) «ومن له على غيره دعوى دعاه الى القاضي فان أجاب وإلّا دفع اليه القاضي طابعاً (اي بطاقة مختومة بختم القاضي) ليرتفع بها المطلوب ان كان في مصر الحاكم أو على الاميال اليسيرة؛ ولا يشخص من البعد خصما ولا شاهدا. والبعد ستون ميلا ذكره سحنون في العتبية.» (٢) قلنا محل كلام خليل وابن سلمون اذا كان في وسع القاضي جبر المطلوب على الحضور، اما اذا سلب من القاضي قوة الجبر على الحضور كما جاء به الفصل الاول من الامر

---

(١) هو سلمون بن علي بن عبد الله بن عبد الله بن عبد الله بن عبد العزيز بن سلمون الكناني الغرناطي. تولى القضاء بغرناطة وكان بصيرا بمعرفة الشروط والاحكام. الف في الوثائق كتابا عليه اعتماد القضاة. وتوفي بغرناطة سنة ٧٦٧

(٢) هي المسماة بالمستخرجة ايضا. وهي لمحمد بن احمد ابن عبد العزيز بن عتبة بن حميد بن ابي عتبة العتبي الاندلسي. سمع من يحيى بن يحيى ورحل فسمع من اصبغ وسحنون. وكان حافظا للمسائل جامعا لها عالما بالنوازل. اثنى عليه ابن لبابة وكان يراه منقطع القرين في الفقه والفهم. قال ابن لبابة هو الذي جمع المستخرجة وكثر فيها من الروايات المطروحة والمسائل الشاذة. وكان يؤتي بالمسألة الغريبة فاذا اعجبته قال ادخلوها في المستخرجة. وقال ابن وضاح في المستخرجة خطأ كثير. توفي العتبي سنة ٢٥٥، وقيل سنة ٢٥٤

﴿ فائدة ﴾ في تفسير اصطلاح العتبي وابن رشد في البيان. وقوله في رسم القبلة مثلا؛ وفي رسم حبل الحبلة ورسم سلف ونحو ذلك. وذلك ان العتبي رحمه الله لما جمع الاسمعة سماع ابن القاسم وسماع اشهب وابن نافع عن مالك وسماع عيسى بن دينار وغيره من ابن القاسم كيحيى بن يحيى وسحنون وموسى بن معاوية وزونان ومحمد بن خالد وأصبغ وأبي زيد وغيرهم؛ جمع كل سماع في دفاتر واجزاء على حدة؛ ثم جعل لكل دفتر ترجمة يعرف بها وهي اول ذلك الدفتر؛ فدفتر اوله الكلام على القبلة وءاخر اوله حبل الحبلة وءاخر اوله جاع فباع امرأته وءاخر اخذ يشرب خمرا ونحو ذلك. فيجعل تلك المسألة التي في اوله لقبا له؛ وفي كل دفتر من هذه الدفاتر مسائل مختلطة من ابواب الفقه؛ فلما رتب العتبية على ابواب الفقه جمع في كل كتاب من كتب الفقه ما في هذه الدفاتر من المسائل المتعلقة بذلك الكتاب؛ فلما تكلم عن كتاب الطهارة مثلا؛ جمع ما عنده من مسائل

العلي المذكور؛ فان المطلوب الممتنع من الحضور يصير بمنزلة المتغيب لانتفاء مقدرة القاضي في كل منهما على الاحضار. وقد صرح بهذا المعنى ابن فرحون في تبصرته والشيخ التسولي في حواشي الزقاقية. ففي صفحة ٥١ من الحاشية المذكورة ما نصه: والحاصل ان المتغيب اذا ثبت تغيبه وعصيانه: وفي معناه المريض والمحبوس يمتنعان من التوكيل؛ يحكم عليه القاضي بعد التلوم بالاجتهاد؛ سواء تغيب من اول الامر أو بعد ان انشب الخصومة، اهـ، فجعلهما المريض والمحبوس الممتنعين من التوكيل بمنزلة المتغيب؛ يفصح بأن العوارض الحائلة دون احضار المطلوب تجعله بمنزلة المتغيب .

المبحث الثاني في حضور المطلوب و امتناعه من الجواب

اذا حضر المطلوب وامتنع من الاقرار والانكار؛ بأن قال لا اجيب؛ أو لا أقر ولا أنكر؛ أو قال لا اجيبك حتى تبين لي هل ما تدعي علي برسم أو بغير رسم، ففي ذلك ثلاثة اقوال. الاول يجبر المطلوب على الجواب بالسجن ثم بالضرب ان لم يزدجر بالسجن، وذلك بحسب الاجتهاد . فان تمادى على ابايته حكم للطالب بدون يمين على الصحيح؛ بناء على ان الامتناع بمنزلة الاقرار؛ وقيل بيمين؛ بناء على ان الامتناع بمنزلة النكول . وقيل لا يسجن ولا يؤدب ويعد ذلك نكولا منه، فيقضى للمدعي بما ادعى بعد يمينه وهو لاصبغ، (١) وان كان من

الطهارة كلها؛ ويبدأ من ذلك بما كان في سماع ابن القاسم؛ ثم بما كان في سماع اشهب وابن نافع؛ ثم بما في سماع عيسى بن دينار؛ ثم بما في سماع يحيى بن يحيى؛ ثم بما في سماع سحنون؛ ثم بما في سماع موسى بن معاوية؛ ثم بما في سماع محمد خالد؛ ثم بما في سماع زونان وهو عبد الملك بن الحسن ـ ثم بما في سماع محمد بن اصبغ؛ ثم بما في سماع ابي زيد. فاذا لم يجد في سماع احد منهم مسألة تتعلق بذلك الكتاب اسقط ذلك السماع . وقد تقدم ان كل سماع من هذه الاسمعة في اجزاء ودفاتر فاذا نقل مسألة من دفتر عين ذلك الدفتر الذي نقلها منه؛ ليعلم من اي دفتر نقلها اذا اراد مراجعتها واطلاعه عليها في محلها؛ فيقصد الدفتر المحال عليه ويعلمه بترجمته. اهـ. فتكون الاسمعة كالابواب للكتاب، والرسوم التي هي التراجم بمنزلة الفصول للابواب.

(١) هو اصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع. مصري محدث فقيه، سمع من ابن القاسم و شهب

الحقوق التي لا تثبت باليمين؛ كلف المدعي البينة وقضي له. وبالقول الثالث صدرت احكام مجلسية، لما ذكره ابن سهل في احكامه بعد ان ذكر قول مالك وقول اصبغ رحمهما الله من ان القاضي مخير في الاخذ بأيهما رءاه سداداً. اهـ. وقول اصبغ انسب بالظروف (١) . واذا قال المطلوب لا ادري هل علي شيء مما يدعي،وجه القاضي عليه اليمين،فان حلف قيل للطالب اثبت حقك ، وان نكل عن اليمين جرى عليه حكم الملد عن الجواب ومثله اذا قال لا اجيبك حتى تقيم بينتك ، فلو طلب المطلوب بعد ان وجهت عليه الدعوى ان يترك ليثبت ويذكر ، ضرب له اجل غير بعيد .

ولو طلب المطلوب ان لا يجيب حتى يوكل ، فان كانت الدعوى بسيطة سهلة ، امر بالجواب في الحال ووكّل بعد ، وان كانت ذات فصول امهل. هذا الذي عليه عمل قضاة تونس؛ ففي حاشية القاضي ابن سلامة على التاودي ما نصه والذي عليه العمل عندنا عدم التوكيل في المجلس فيما سهل،ولو كان المدعى عليه ممن لا يباشر الخصومات،ولكنه يجيب ثم يوكل ، وشاهدنا به القضاء وبه نقضي . وفي حاشية الشريف على الزقاقية حضرت مجلس قاضي الحاضرة ابي حفص المحجوب (٢) وقضى بالزام الجواب من ليس من اهل مباشرة الخصام .

ولو قال لا اجيب لاني اريد التحاكم بين يدي القاضي الحنفي، صرف الى الحاكم الذي يريد المخاصمة عنده،بناء على ما جاء في ترتيب دار الشريعة من ان الخيرة للمطلوب. وهو خلاف ما جرى عليه خليل في مختصره حيث قال

وابن وهب. وتفقه به ابن المواز وابن حبيب وابن مزين وغيرهم. من مؤلفاته كتاب الاصول وتفسير حديث الموطأ وكتاب سماعه من ابن القاسم. توفي بمصر سنة ٢٢٥

(١) لان الجبر بالسجن والضرب صار متعذرا بسبب الحجر على القاضي استعمال هذه التأديب وخاصة الضرب.

(٢) هو عمر ابن العلامة قاسم المحجوب المساكني التونسي. اخذ عن والده وحمودة بن عبد العزيز والغرياني. واخذ عنه اسماعيل التميمي وابراهيم الرياحي وغيرهما. توفي سنة ١٢٢٢

«وجاز تعدد مستقل أو خاص بناحية او نوع، والقول للطالب ثم من سبق رسوله وإلّا اقرع » اه. قال الشيخ حلولو (١) في شرحه : اذا تنازع الخصمان عند من يكون تحاكمهما من القاضيين ؛ فقال بعض الشيوخ يكون الحكم عند من يقول الطالب ، وقال غيره يكون عند اقربهما مكانا. فان استوى المكانان او كان كل واحد منهما طالبا ؛ فأشار المازري الى انه يكون الخصام عند من جاء رسوله أولا منهما. فان لم يوجد وجه يقع الترجيح به اقرع بينهما حينئذ. فان قيل كيف يمكن الحاكم المطلوب من المحاكمة عند غيره ويفعل خلاف مشهور مذهبه ؛ وهل القاضي يحكم بالاوامر والقوانين أو يحكم بمشهور مذهبه. قلت لا حرج على القاضي في تمكينه المطلوب مما اختاره. لان القاضي يكون معزولا عن القضاء ، في صورة ما اذا اختار المطلوب التقاضي عند غيره. بمقتضى امر الامير. فلم يحكم بخلاف مذهبه وانما تخلى عن القضية لعزله عنها وقد نص العلماء على ان ولاية القضاء تخصص باعتبار الزمان والمكان والنوع وقد حكى الشيخ حلولو في شرح المختصر عند قول خليل «وجاز تعدد مستقل» انه جرت العادة بتونس بافراد قاض للنساء في الانكحة وتوابعها . ونقل عن شيخه انهم اذا اختلفوا في قضية هل هي من عمل الانكحة حكم فيها قاضي الجماعة لان ولايته أعم ولان الاخر كالنائب عنه وان كان انما يوليه السلطان . اه. واشتهر التعبير عن ارادة المطلوب التقاضي لدى قاضي المذهب الاخر بقولهم متمسك.(٢)

ولو قال المطلوب لا اجيب حتى اخذ نسخة من المقال لاتأمل فيه، اجيب الى مطلبه

---

(١) هو احمد بن عبد الرحمن اليزليطني القروي عرف بحلولو. تولى قضاء طرابلس ثم صرف عنه. اخذ عن البرزلي والقلشاني وابن ناجي. من مؤلفاته شرح المختصر الخابلي وشرح تنقيح القرافي وشرح جمع الجوامع . كان حيا سنة ٨٧٥

(٢ ادخلت تنقيحات على ما يقبل فيه تخيير المطلوب المعبر بالتمسك وصار العمل على ما جاءت به المجلة الشرعية للمرافعات في الباب الثالث في تخيير المطلوب. وتغير كثير مما جاء في هامش الطبعة الاولى.

ومكّن من اخذ النسخة وأجل على الجواب عن الدعوى بعد احضار النسخة بما يراه الحاكم، والغالب التأجيل بثلاثة ايام اذا حضر المطلوب بنفسه، فان حضر وكيله زيد على الايام الثلاثة وروعي قرب بلد الموكل وبعده وما تستدعيه مفاهمة الوكيل مع موكله من الزمان. ويتعين على القاضي ان يجيب الطالب للنسخة، في المقال والجواب والشهادات والوثائق غير الاسترعائية. نص على ذلك المتيطي وابن سهـل وابن سلمون . واختلف في تمكين المحكوم من نسخة الحكم اذا طلبها ، فأفتى التـاودي بلزوم ذلك ، وأفتى ابن عبد الصادق (١) شارح المختصر بعدم تمكينه ، وعملنا جار على ما أفتى به التاودي وأما وثائق الاسترعاء فقال ابن هـارون (٢) في اختصار المتيطية لا يجب توقيف المطلوب عليها وانما يعذر اليه فيها عند ثبوتها . اهـ. وعلله الونشريسي في الفائق بأن له ان يقول اذهب الى من شهد لي يقيد لك شهادته كما قيدها لي، اذا كانوا حضوراً . وقال ابن سلامة في حاشيته لايعطى للمدعى عليه نسخة من الاسترعاء لان القاضي يمسك الوثيقة عنده ويسألهم ، فان ارتـابوا أو زادوا أو نقصوا أبطلها؛ بخلاف شهادة التحمل فحسب الشهود ان يقولوا: ما فيه اشهدنا به ونعرف المشهود عليه؛ ولهم الزيـادة والنقـص ان كانوا من اهـل التبريز ويقبل منهم النسيان ، بخلاف الاسترعاء ، فلم يكن لاخذ نسخة من الاسترعـاء فائدة؛ اذ لو خالفوا لبطلت؛ بخلاف شهادة التحمل فكان له في التحمل ان يقول لي مخرج في التخلص من الاعذار بتذكير الشهود ما نسوه، دون الاسترعاء فليس له ذلك والوسيلة التي لايترتب عليها مقصد لا تشرع ابداً . اهـ. قلت الجاري

---

(١) هو محمد بن عبد الصادق الدكالي الفقيه النوازلي المفتي. أخذ عن يعيش الشـاوي وناب عنه في القضاء. توفي سنة ١١٧٥

(٢) هو محمد بن هارون الكنـاني التونسي احد شيوخ ابن عرفة. وصفه ابن عرفة ببلوغ رتبة الاجتهاد المذهبي. من تاليفه مختصر المتيطية؛ اسقط منها نحو الثلثين. مولده سنة ٦٨٠ وتوفي سنة ٧٥٠

اليوم هو تمكين الخصم من اخذ نسخ الاسترعاء كوثائق التملك ووثائق الطلاق الاسترعائية؛ وكأن ما اطبقت عليه كلمتهم مبني على ان وثائق الاسترعاء كانت تؤدى الشهادة بها عند الحاكم ، وهو الذي يقيدها، أما اليوم فالاداء يكون عند عدلين يأذنهما الحاكم بالرفع على الشهود وكتب شهادتهم وتزكية المزكين لهم، ويختم الآذن بختمه على كل من الشهادة والتزكية ، ويخاطب عليها ، وبذلك صارت مثل الوثائق الاصلية أما ذكره الشيخ ابن سلامة في التعاليل ففيه نظر، وكلامهم في مبحث النقصان والزيادة في الشهادة يتناول الوثائق الاسترعائية وغيرها، بدليل ان غالب مثلهم لذلك من وادي الوثائق الاسترعائية كما في شرحي التاودي والتسولي للتحفة . وما ذكره من ان القاضي يمسك الوثيقة عنده ويسألهم ؛ يقال عليه ان اعتبر ان ما عند الحاكم هو الاداء فلا تضر الزيادة والنقص لما بالوثيقة . ففي التسولي . وهذا فيما اذا زاد أو نقص بعد الاداء ، وإلّا فيعمل على ما أدى به؛ مبرزا كان أم لا ، وان اعتبر ان الاداء ما وقع عند الشهود، وهو الحق ، كان سؤال الحاكم للشهود غير لازم، اذ ذلك من قبيل الاستفسار المسمى بالاستفصال وهو انما يفعل اذا احتيج اليه، وهل هو من حق القاضي أو من حق الخصم أو من حقهما ؛ اقوال ، وقد بسط شراح الزقاقية المسألة اتم بسط ووزنوها بالموازين القسط عند قول الزقاق «وكثرن بغير عدول واجتهد وتأملا» من مبحث فصل في مسائل من احكام القضاء والشهادة. على ان التسولي في حاشية الزقاقية صرح في صفحة ٦٩ بأن الذي لا يعطى هو النسخ من وثائق الاسترعاء للاستفصال ، اما النسخة من وثيقة الاسترعاء للاعذار فتعطى .

وأخذ النسخ يكون لاغراض منها سؤال الشهود عنها ليذكروا ما شهدوا به لعلهم يرجعون ومنها سؤال اهل العلم عنها ليأتي بمدفع فيها ومنها تأمل معانيها والوقوف عند فصولها ، ومنها تعلق حقه بها ؛ وسيأتي ان شاء الله بسط الكلام

في الغرض الاخير في مبحث اخذ النسخ والمضامين من باب الشهادات انظر شراح التحفة عند قولها فالحكم نسخه وضرب الاجل ، والبيت بعده

المبحث الثالث في حضور المطلوب وجوابه بالاقرار

اذا حضر المطلوب وأجاب عن الدعوى بالاقرار؛فان القاضي يشهد عدلين على اقراره،ثم يحكم عليه،ولا يحكم عليه قبل الاشهاد على اقراره : ففي التوضيح مذهب مالك وابن القاسم ان القاضي اذا سمع قول الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عليه باقراره شاهدان ثم يرفعان شهادتهما اليه ، وذهب مطرف (١) وابن الماجشون (٢) وأصبغ وسحنون الى انه يحكم بما سمع وانلم يشهد عنده بذلك. والاول المشهور ؛ اهـ، وفي ابن سلمون ويعتمد القاضي على علمه في التجريح والتعديل اتفاقا؛ ولايحكم بعلمهفيشيء من الاشياء،كان مما أقر به احد المتحاكمين عنده او لا،الا ان يشهد عليه بذلك شاهدا عدل، قاله ابن القاسم ، وبهالعمل. وقال ابن الماجشون يحكم عليه لما أقر به عنده ، وان لم يشهد عليه.وهو قول عيسى (٣) وأصبغ وسحنون؛وليس به عمل ومثله في المفيد وابن مرزوق عن النوادر فالخلاف هل يقدم على الحكم بما سمعه ابتداء قبل الاشهاد عليه أم لا ، وعلى الاول يحكم ولو انكر المقر؛وعلى الثاني وهو المشهور لا يحكم إلا اذا استمر على اقراره هذا ما قرر به الشيخ مصطفى(٤) المسألة واستشهد

---

(١) هو ابو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني؛من من اصحاب امام دار الهجرة؛ خرّج له البخاري في الصحيح. توفي سنة ٢٢٠ وسنه ثلاث وثمانون

(٢) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون القرشي مفتي المدينة ؛ من بيت علم وحديث. تفقه بأبيه وبامام دار الهجرة. وتفقه به ايمة كابن حبيب وسحنون وابن المعذل. توفي سنة ٢١٢

(٣) هو ابو محمد عيسى بن دينار بن وهب القرطبي القاضي العادل. لم يسمع من مالك وسمع ابن القاسم وصحبه وعوّل عليه وله عشرون كتابا في سماعه عنه. وبه وبيحيى ابن يحيى انتشر علم مالك بالاندلس. توفي ببلده طليطلة سنة ٢١٢

(٤) هو مصطفى بن عبد الله بن موسى الرماصي من بلد قريب من مازونة ، له حاشية على

عليه بكلام للامامين اللخمي (١) وابن رشد(٢) ساقه التاودي في شرح الزقاقية واعتمد كلام مصطفى،البناني (٣) والرهوني واذا فرعنا على المشهور من عدم الحكم بالاقرار فاذا انكر اقراره قبل الحكم عليه وحكم القاضي بمقتضى اقراره؛ نقضه هو فقط اذا كان الاقرار في مجلس القضاء؛ ونقضه هو وغيره ان كان اقراره قبل مجلس القضاء .

واذا أقر المطلوب فطلب المدعي تقييد اقراره بالشهادة اجابه القاضي. وللحاكم ان ينبه المدعي الى ذلك؛ لما فيه من تحصين الحق وقطع النزاع وتقليل الخصام . وليس ذلك من تلقين الخصوم المنهي عنه قال في التبصرة ولا باس ان يلقن احدهما حجة عجز عنها . اه . ولا يجوز ان يلقن الخصم ما يبطل به حقاً أو يثبت به باطلا ، لأنه من باب التعاون على الاثم والعدوان . فلذلك قدح في العدالة. فلو علم الانسان ان الخصم مظلوم؛ جاز تلقينه ما ينفعه؛ لانه من باب انقاذ المظلوم من الظلامات قاله البرزلي؛ وعليه يحمل ما اشتهر عن ابن علوان (٤).

شرح التتائي للمختصر اقتعدت صهوة الاجادة وتحرير الفقه؛ وعليها معول حواشي الزرقاني توفي وقد اسن سنة ١١٣٦

(١) هو ابو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي القيرواني، انتهت اليه الرئاسة. تفقه بابن محرز والسيوري والتونسي. وتفقه به الامام المازري وابو يحيى بن الضابط وعبد الحميد الصفاقسي. له تعليق على المدونة سماه التبصرة من الكتب المعتمدة في المذهب . توفي بصفاقس سنة ٤٧٨

(٢) هو القاضي ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي زعيم الفقهاء وحافظ المذهب والمرجع في حل المشكلات. من مؤلفاته البيان والتحصيل والمقدمات . مولده سنة ٤٥٥ وتوفي سنة ٥٢٠

(٣) هو محمد بن الحسن البناني النحرير الواسع الاطلاع. من بيت علم. أخذ عن الشيخ احمد بن مبارك والشيخ محمد جسوس وقريبه محمد بن عبد السلام البناني. من اشهر مؤلفاته حاشية على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني. مولده سنة ١١٣٦ وتوفي سنة ١١٩٤

(٤) يحتمل ان يكون المقصود احمد بن علوان التونسي الشهير بالمصري المتوفى بالاسكندرية سنة ٧٨٧ ـ او عمر بن محمد بن علوان التونسي المتوفى سنة ٧١٠ أو سنة ٧١٦ ـ أو محمد بن احمد بن علوان الشهير بالمصري التونسي المتوفى سنة ٨٢٧

المفتي التونسي. ومما روي في ذلك ان امرأة وصيا على ولدها ضيق عليها اولياء زوجها وأقاموا عليها بينة انها سفيهة لا تصلح للتقديم ؛ فأمرها ان تعترف بين يدي القاضي بالسفه واذا طلبوها في المال تدعى تلفه في ايام السفه ؛ ففعلت وسرحها القاضي ؛ نقله الشريف في حواشي الزقاقية .

المبحث الرابع في حضور المطلوب وجوابه بالانكار

اذا اجاب المطلوب بالانكار يلزم ان يكون الانكار صريحاً، ولا يكتفي منه بالانكار الضمني. ويلزم ان يكون بصيغة الجزم ؛ فلا يكفي: ما أظن ان له علي شيئا صرح به في التبصرة، وفي المذهب لابن راشد والحاوي للبرزلي: اذا ادعى الطالب دعوى مخصوصة فأجابه المطلوب بجواب يعمها ويعم غيرها ؛ كقوله لا حق لك قبلي ؛ فمذهب ابن القاسم في المدونة لا يقنع منه بذلك ؛ ومذهب مطرف وابن الماجشون كفاية ذلك فعلى ما في المدونة وهو الراجح؛ يلزم المطلوب ان يجيب بانكار الوجه الذي ذكره الطالب أو يقر به ؛ فان أبى عد كالممتنع من الجواب وجرى عليه حكم الملد . ويترتب على الخلاف ان ادعت امرأة على رجل ان في ذمته الف درهم نصف صداقها الواجب لها بطلاقها منه قبل الدخول ؛ فأنكر وقال لا حق لها علي ؛ فقبل الحاكم منه هذا الجواب وطالبها بالبينة؛ فأدلت بها ؛ فأقام الزوج بينة تشهد بدفع نصف الصداق لها أو باسقاطه عنه، فان بينته تقبل لانه لم يكذبها بانكاره، بخلاف ما لو أجاب بانكار السبب الذي ادعته، كأن ينكر التزوج والطلاق وأن بذمته الف درهم قدر نصف الصداق الواجب لها . فان المرأة اذا ادلت ببينة تشهد بما ادعت. فعارضها المطلوب ببينة تشهد باسقاطها نصف الصداق عنه. أو تشهد بدفعه نصف الصداق لها . فان بينته لا تقبل. لانه أكذبها حيث تضمنت بينته ثبوت التزوج والطلاق، وهو قد نفى ذلك . والمسألة من باب الاقرار الحاصل بالتضمن؛ لان انكاره التزوج

والطلاق يتضمن الاقرار بكذب بينته الشاهدة له بالقضاء اذ القضاء فرع ثبوت التزوج والطلاق، وقد أقر بنفيهما، لكن عدم القبول قيد بقيدين، احدهما انيكون المدعى عليه ممن يعلم ان الانكار يضره ، فان كان ممن يجهل ذلك ولا يفرق بين لا حق لك علي وبين لم اتزوج مثلا فيعذر بالجهل إلّا اذا حقق عليه وقيل له انت تنكر هذا أصلا، فاذا قامت عليك بينة فلا تسمع بينتك، فانه اذا استمر على انكار السبب لم تسمع بينته ذكر هذا القيد الرعيني (١) ونقله عن مالك، وهو قول عيسى ابن دينار عن ابن القاسم، وقيد به ابن ناجي المسألة، وشراح المختصر كلام خليل. الثاني ان يكون ذلك في غير الحدود والعقار اما فيهما فتقبل البينة ولا يضره الانكار ؛ هذا قول ابن القاسم وابن كنانة. (٢) وهذا كأن يدعي انه قذفه، فينكر، فيقيم المدعي بينة بذلك ، فيقيم المدعى عليه بينة بالعفو فانها تنفعه. وكأن يقول القائم بعتك هذه الدار فاقضني ثمنها فينكر المطلوب البيع، فيقيم المدعي بينة ببيعها له ، فيقيم المدعى عليه بينة بدفع الثمن ، فينفعه قال الزرقاني(٣) ولعل الفرق ان الحدود يتساهل فيها لدرئها بالشبهات. والاصول يظهر فيها انتقال الملك، فدعوى انها ما دخلت في ملك غير الحائز لا يلتفت اليها، فكأنه لم يحصل ما يكذب البينة التي أقامها.

ولو اجاب المطلوب بأن المدعى فيه بيد فلان، طولب ببيان هل يدعي ان له فيه حقا، فان نفى استحقاقه لشيء منه سجل عليه ذلك، ووجه الطالب الدعوى على ذي

---

(١) هو محمد بن عبد الجبار الرعيني السوسي الفقيه المعمر، اخذ عن القاضي ابي يحيى بن الحداد تلميذ الامام المازري. مولده سنة ٥٦٧ وتوفي بتونس في ذى القعدة سنة ٦٦٢

(٢) هو عثمان بن عيسى بن كنانة. من اشهر اصحاب الامام مالك وجلس مجلسه بعد وفاته. وجلس مجلس مالك بعد ابن كنانة عبد الله بن نافع المعروف لصائغ احد اصحاب مالك الاثبات المتوفى بالمدينة في رمضان سنة ١٨٦ - توفي ابن كنانة سنة ١٨٦ وقيل سنة ١٨٥

(٣) هو عبد الباقي بن يوسف بن احمد الزرقاني. أخذ عن الاجهوري واللقاني والشبراملسي له شرح على المختصر الخليلي مشهور متداول في مصر وتونس والمغرب. مولده سنة ١٠٢٠ وتوفي سنة ١٠٩٩

اليد. ولو قال ليس لي فيه شيء، هو حبس على اولادي، او هو ملك لفلان، فيقال للمدعي أقم البينة انه لك فان هذا لا ينازعك إلّا ان يثبت المدعى عليه ما ذكر، فتقف الخصومة على حضور من يثبت له عليه الولاية ولو قال ليس لي، او لمن لا أسميه، فلا يمنع من تمام الحكومة. ولو قال هو لفلان، فان كان فلان حاضراً وادعاه، فللمدعي تحليفه، فان نكل، حلف المدعي وأخذ المدعى فيه، وإن حلف المقر له فللمدعي تحليف المقر لانه اتلفه عليه باقراره، فان نكل، حلف المدعي وأخذ قيمة المقر به من المقر وان كان غائباً، فان أثبت ذلك بالبينة انصرفت الخصومة عنه الى الغائب، وإلّا لم تنصرف، لانه يتهم ان يكون اراد صرف الخصومة عن نفسه الى الغائب. وتلزمه اليمين، فان نكل، اخذ المدعي ذلك من غير يمين فان جاء المقر له فصدق المقر، اخذه، لانه انكشف ان الاول ليس له فيه شيء، وما الزمناه اليمين إلّا لتهمة صرف الخصومة، ولو علمنا صحة الاقرار لاوقفناها الى الغائب. انظر الفائق (١) لابن راشد القفصي (٢) اهـ.

---

(١) وقع تحريف في الطبعة الاولى وسقوط بعض جمل من كلام الفائق أشكل معها فهم المعنى. ونص كلام الفائق « الصورة الثانية ان يكون انكاره باقرار لغيره؛ مثاله ان يدعي عليه في ملك بيده فيقول ليس لي فيه شيء وانما هو وقف على الفقراء او على ولدي او هو ملك لفلان سماه؛ فيقال للمدعي اقم البينة انه لك فان هذا لا ينازعك فيه؛ الا ان يثبت المدعى عليه ما ذكره من ذلك؛ فتقف الخصومة على حضور من يثبت له عليه الولاية. ولو قال هو لمن لا أسميه فلا يمنع ايضا من تمام المحاكمة. ولو قال هو لفلان؛ فان كان فلان حاضرا وادعاه فللمدعي تحليفه؛ فان نكل حلف المدعي وأخذ المدعى فيه. وان حلف المقر له فللمدعي تحليف المقر لانه اتلفه باقراره؛ فان نكل حلف المدعي وأخذ قيمة المقر به. وان كان غائبا فان اثبت ذلك ببينة انصرفت الخصومة عنه الى الغائب؛ وان لم يثبت ذلك ببينة لم تنصرف عنه الخصومة اذ يتهم ان يكون اراد صرف الخصومة عن نفسه الى الغائب. ولزمته اليمين؛ فان نكل اخذ المدعي ذلك بغير يمين. فان جاء المقر له فصدق المقر اخذه؛ لانه انكشف ان الاول ليس له فيه شيء. ونحن انما الزمناه اليمين لاتهامنا له في صرف الخصومة؛ ولو علمنا صحة اقراره لاوقفنا المخاصمة على حضور الغائب.» اهـ. من كتاب القضاء مبحث الجواب من الفائق.

(٢) هو محمد بن عبد الله بن راشد القفصي. أخذ عن علماء تونس ورحل الى مصر فأخذ عن ابن المنيّر وابن دقيق العيد والشهاب القرافي. له مؤلفات قيمة مفيدة من اشهرها الفائق في

من حاشية ابن سلامة من مبحث فصل في المقال والجواب .

واذا حصل الجواب بالانكار فأراد الطالب الاعراض عن الدعوى فمن حق المطلوب ان يلزمه باتمام الخصومة الى ان تنتهي بالحكم، ويجيب الحاكم المطلوب الى طلبه ويأمر الطالب بذلك ، فان أبى ، حكم القاضي بان لاحق له. ذكر المسألة الزرقاني في شرح المختصر في مبحث الصيد ، عند قول خليل «وتملك الصيد المبادر وان تنازع قادرون فبينهم» ونصه: لو تكررت شكوى شخص لآخر ، فان للمشتكي ان يرفع الشاكي للحاكم ويقول له ان كان عندي شيء فيدعى به ؛ فان أبى في ذلك حكم عليه بأن لا حق له بعد ذلك،وليس عليه شكوى، قطعاً للنزاع . وقد حكم بها البدر القرافي (١) والبرموني (٢) وقالا: هي مشهورة في المحاكم بمسألة قطع النزاع المختصة بمذهب المالكية. اهـ. وقد صرح بمثل هذا ابن مرزوق في شرح المختصر الخليلي عند قوله «وان أنكر، قال ألك بينة ، فان نفاها واستحلفه فلا بينة».ونصه قول (المص)«واستحلفه» لا يعطي بمفهومه انه لو لم يستحلفه وأراد البقاء على حقه انه يمكن من ذلك ، بل اذا طلب المطلوب تعجيزه وحلفه له، ليرتفع عنه الطلب ، كان له ذلك على مذهب ابن القاسم .

المبحث الخامس في تغيب المطلوب بعد انشاب الخصام

اذا تغيب المطلوب في اثناء الخصام ، فان كان تغيبه بعد استيفاء حججه، حكم عليه بلا تلوم ، وعجزه، فلا يكون له اذا قدم ان يقوم بحجة، بمنزلة ان لو

الاحكام والوثائق وشرح مختصر ابن الحاجب، توفي في تونس سنة ٧٢٣

(١) هو القاضي بدر الدين محمد بن يحيى القرافي . توفي سنة ١٠٠٨

(٢) هو كريم الدين عبد الكريم البرموني المسراطي. أخذ عن الناصر اللقاني . كان حيا سنة ٩٩٨

قضى عليه وهو حاضر وان كان تغيبه قبل ان يستوفي جميع حججه تلوم له . واذا تمادى على المغيب ، قضى عليه من غير تعجيز . واذا كان التغيب بعد الحكم وبقيت له اليمين، وكل القاضي من يقضيها له، وأشهد بذلك. انظر شراح التحفة عند قولها «ومن الد في الخصام وانتهج» الابيات .

المبحث السادس في غيبة المطلوب عن ايالة القاضي

اذا كان المطلوب غائبا عن ايالة القاضي ، فلا يخلو من حالتين. الاولى ان يكون خارجاً عنها، لان ذلك هو وطنه ومحل قراره ، وفي هذه الحالة يؤمر الطالب بالذهاب الى بلد المطلوب ليخاصمه لدى حكامه. ويتنزل على هذه الصورة قول التحفة

والحكم في المشهور حيث المدعى ❊ عليه في الاصول والمال معا

ووجه ذلك انه لم يُوَلّ الحكم بين جميع الناس ، وانما ولي على اهل البلد خاصة، فليس له ان يحكم إلّا على رجل حاضر البلد ، أو على مال له بذلك البلد ، أو حميل، أو وكيل. قاله ابن عرفة(١) ونحوه للمتيطي : انظر حاشية الشريف عند قول الزقاقية «ومن غاب عن قرب كمن هو حاضر» في الورقة ٤ـ الحالة الثانية ان يكون خارجاً عن ايالة القاضي لزيارة أو تجارة أو نحوهما ، وهو متوطن بمحل ولاية القاضي : اوله مال بها ، أو وكيل ، أو حميل : فيتناول القاضي القضية ، وحينئذ فإما ان يكون الغائب قريب الغيبة ، اي على مسافة ثلاثة ايام ونحوها مع الامن؛ أو متوسطها؛ اي على مسافة عشرة ايام ونحوها ، ومثلها الثلاثة مع الخوف، أو بعيد الغيبة، بإن يكون على مسافة شهرين، ومثلها اذا كان غير معلوم

---

(١) هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي. عالم تونس؛ انتهت اليه الرئاسة وتولى امامة جامع الزيتونة سنة ٧٥٦ والخطابة به سنة ٧٧٢ والفتيا سنة ٧٧٣ ـ من مؤلفاته القيمة السائرة مختصره الفقهي أخذ عنه من العلماء من لا يحصى كثرة ومن اشهرهم البرزلي والابي وابن عقاب وابن ناجي واحمد القلشاني ومحمد القلشاني والغبريني والزنديوي وابن علوان وابن الخطيب القسنطيني والزعبي والوانوغي وابن السماع. توفي وقد أسن سنة ٨٠٣ ومولده سنة ٧١٦

الموضع ، ففي الغيبة القريبة يكتب القاضي الى المطلوب أما ان يحضر أو يوكل ؛ ويضرب له اجلا يسع وصوله أو وصول وكيله ، ويسع الطعن في البينة القائمة عليه فاذا تمادى على المغيب ولم يجب باقرار ولا انكار؛ حكم عليه في استحقاق العروض والاصول وجميع الاشياء من الطلاق وغيره ويباع عليه ماله من اصول وغيرها لقضاء ديونه ، أو نفقة زوجته ؛ ولا ترجى له حجة ولكن لا يباع عليه ماله إلّا بعد اثبات موجبات البيع؛ من الدين أو النفقة؛ والغيبة وقربها؛ وأنه اعذر له في القريبة فلم يقدم وان هذا البيع ملكه ، وانه اولى ما يباع عليه؛ وحيازة الشهود له (اي تعيين موضعه وحدوده: ان لم تشهد بها بينة الملك) والتسوق؛ وعدم الفاء زائد في الثمن ، ولا يشترط بلوغ الثمن القيمة لان ذلك غاية المقدور ؛ وانما الشرط ان لا تقع عجلة في البيع ولا تقصير قاله السيوري (١) وابن رشد. والمراد بعدم العجلة؛ ان يضرب اجل شهرين يقع اثناءهما أشهاره للبيع. وما قرر هنا يقرر في بيع ربع اليتيم لانفاق المحجور. وما ذكرناه من اشتراط ثبوت الملك للمبيع عليه ، عول عليه غير واحد ، وصدر في الشامل(٢) بأنه لا يحتاج الى اثبات ملكه ؛ وجعله ابن عبد السلام (٣) ظاهر المذهب؛ واختلف في اشتراط تسمية الشهود، ولا يحكم بالطلاق على الغائب حتى تثبت الزوجية ؛

---

(١) هو عبد الخالق بن عبد الوارث السيوري؛ من اعظم شيوخ القيروان. تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي. وتفقه به عبد الحميد الصائغ واللخمي وعبد الحق الصقلي وابن سعدون. له تعلق على المدونة وكان يحفظها. توفي وقد امن بالقيروان سنة ٤٦ ؛ او سنة ٦٢ ؛

(٢) مؤلفه بهرام ابن عبد الله بن عبد العزيز الدميري الملقب بتاج الدين والمكنى بأبي البقاء. من اكبر علماء مصر أخذ عن الشيخ خليل تمااليفه وبه تفقه. وأخذ عنه الاقفهسي والبساطي. له شروح على مختصر الخليلي. والشامل حاذى به المختصر؛ في غاية التحقيق. مولده سنة ٧٢٤ وتوفي سنة ٨٠٥

(٣) هو محمد بن عبد السلام الهواري التونسي. قاضي الجماعة بتونس وأحد شيوخ ابن عرفة. له شرح على مختصر ابن الحاجب. توفي سنة ٧٤٩

وشرطها عليه إلطلاق بغيبته ؛ ان كان الطلاق به ، أو ثبوت الاعسار بالنفقة ان كان الطلاق به

وفي الغيبة البعيدة وما في معناها والمتوسطة حقيقة أو حكماً ؛ يحكم على الغائب بعد يمين القضاء من الطالب ، وترجى له الحجة ؛ ويسمي القاضي الشهود في سجل الحكم ، أو في سجل مستقل ، يوضع بالمحكمة ؛ ليجد الغائب عند قدومه مدفعا بتجريح الشهود ، لانه باق على حجته فان لم يسم البينة ، وحكم بلا تسمية؛ نقض حكمه. ولا تفترق الغيبة البعيدة من المتوسطة؛ إلا في الحكم باستحقاق عقار الغائب فيحكم به في البعيدة ، دون المتوسطة ؛ كما في التحفة وشروحها واختلف هل يقام للغائب البعيد وكيل للاعذار وغيره ؛ فالمشهور انه لا يقام له وكيل ؛ وأنه اذا ثبت عليه شيء، دفع عنه ، وكان له ارجاء حجته اذا قدم وقال سحنون يقام له وكيل ولا ترجى له حجة قال ابن ناجي شاهدت شيخنا القاضي أبا عبد الله محمد بن قليل الهم (١) يحكم بالقيروان بالجمع بين القولين؛ فيقدم له وكيلا؛ ثم هو على ارجاء حجته، وهو الصواب اخذاً بالاحتياط؛ لان القاضي اذا قدم له وكيلا ، فهو لا يبالغ في الذب عنه

الفصل الثالث في المدعي والمدعى عليه

وفيه مباحث

المبحث الاول في بيان المدعي والمدعى عليه

يطلق المدعي على الطالب والمدعى عليه على المطلوب ويطلق المدعي على المطلوب بالبينة على صدق دعواه ؛ والمدعى عليه على المطلوب باليمين ، لرد

(١) تولى بتونس قضاء الانكحة وتوفي سنة ٨٠٠

الدعوى الخالية من بينة تدعمها وهما بهذا الاطلاق مناط الوتر ومحور النظر، ومحل الاهتمام ؛ اذ بتمييز احدهما عن الآخر؛ يتنكب عن الخطإ في تكليف أحدهما بغير ما عينه الشارع له وقد ذكر فيهما تعريفات اقربها ان المدعي من تجرد قوله عن الاصل والعرف والمدعى عليه من عضده احدهما فان شهد لاحدهما الاصل وللآخر العرف ؛ كان من شهد له العرف هو المدعى عليه.ولدقة تحقيق المناط ، وتطبيق القواعد على جزئياتها: صعب أمر القضاء؛وكان علم القضاء اخص من فقه القضاء وقد استعرض الفقهاء جملة من الاصول في بعض الاشياء ؛ واختلفت الفتاوي والاحكام لاختلاف الاعراف المبنية هي عليها. وها نحن اولاء نسوق جملة صالحة مما ذكروه،مشبعة بأمثلة تكسب الناظر بصيرة.

قالوا الاصل براءة الذمة قبل تحقق عمارتها فاذا تحققت عمارة الذمة، فالاصل استصحاب تلك الحالة حتى يتحقق الرافع.وترتب على هذا ان من ادعى دينا على ءاخر فأنكر المطلوب كان المنكر مدعى عليه : لان الاصل براءة الذمة ، وقد عضده هذا الاصل،فكان القول له بيمينه ، ان لم تكن للمدعي بينة. ولو اعترف المطلوب بالدين،وادعى القضاء،لكان الطالب هو المدعى عليه، لان الاصل استصحاب عمارة الذمة بعد ثبوت شغلها فكان القول له بيمينه اذا لم يكن للآخر بينة

والاصل الصحة وزاعم المرض مدع خلاف الاصل ، فعليه البينة فاذا وقع طلاق رجل لزوجته طلاقاً بائنا ، ثم مات فقامت المرأة على الورثة، تدعي انه طلق في المرض المخوف،لترث ؛ وأنكر الورثة ذلك ، فعليها البينة ، لانها مدعية خلاف الاصل ولو شهدت احدى بينتين انه تصدق وهو صحيح ، وشهدت الاخرى انه تصدق وهو مريض ؛ قدمت بينة الصحة ، لانها الاصل والغالب ؛ قاله ابن القاسم . وستأتي المسألة ان شاء الله في مبحث تعارض البينات

والاصل عدم العداء ؛ فلو ادعي على الطبيب العمد فيما زاد على المأذون فيه، وادعى الطبيب الخطإ، فالقول قول الطبيب ؛ واضطرب قول سحنون في الزوج والسيد يفقأ عين زوجته او عبده، فيقول الزوج او السيد فعلت ذلك خطئا حين التأديب ، وتقول المرأة والعبد فعل ذلك عمداً هل يحمل على الخطإ ويكون القول قول الزوج والسيد، أو يحمل على العمد، ويفرق بين الطبيب وبين الزوج والسيد: بأن فعل الطبيب ابتديء على الاذن، ولم يثبت الأذن في حق الزوج والسيد ، ابن رشد الاظهر في السيد (١) ان يحمل امره على الخطإ إلّا ان يعلم انه قصد به التمثيل ، وأما الزوج فالذي اراه ان لا يحمل على الخطإ ولا على العمد ، ولكن يكون كشبه العمد ، وتكون فيه الدية على الجاني (يعني بذلك انه لو حمل على الخطإ لكانت الدية على العاقلة ، ولو حمل على العمد لوجب القصاص) زاد ابن رشد وان طلبت المرأة فراقه ؛ وقالت اخافه على نفسي، طلقت عليه طلقة باينة اهـ.

والاصل فيمن أدعي عليه العلم بالشيء ؛ الجهل حتى يثبت العلم . فاذا قام الشريك على مشتري حصة شريكه بالشفعة، بعد سنة، مدعيا عدم العلم بالبيع إلّا وقت قيامه ؛ وادعى المشتري علمه بالبيع ، فالقول للشفيع بيمينه ؛ لانه مدعى عليه .

والاصل هو الفقر لسبقه ؛ لكن الناس محمولون على الملا لغلبته فهذا من وادي ما تعارض فيه الاصل والغالب ولهذا كان زاعم الاعسار ـ وان وافقه الاصل الذي هو الفقر ـ مدعيا ؛ فهو المطالب بالبينة على الاعسار. فلو ادعى على

---

(١) هذا الذي درج عليه خليل فقال في باب العتق « والقول للسيد في نفي العمد » قال شارحه المواق: رجع سحنون الى ان من فقأ عين عبده او عين امرأته؛ فقالا فعل بنا ذلك عمدا؛ وقال السيد والزوج بل أدبتهما فأخطأت. انه لا شيء على السيد ولا على الزوج حتى يظهر العداء . والقول قول السيد والزوج . اهـ من شرح المواق صفحة ٣٣٥ج ٦

الزوجة الطالبة انفاقه اياها ؛ انها عالة بعدمه : توجهت عليها اليمين ؛ كما في المتيطية في مبحث النفقات

والاصل في العقود الصحة ؛ فمن ادعى الفساد فهو المدعى الذي عليه الاثبات فاذا غلب الفساد ؛ كان القول قول مدعيه ؛ لانه المدعى عليه . ويكون من قبيل ما تعارض فيه الاصل والغالب انظر شرح المنجور (١) على المنهج المنتخب في الورقة ١١٩

ومن الفروع التي كان حكمها مبنيا على شهادة العرف ، تمزيق رسم الدين، او قطع طرته.او سطر بسملته، فانه يدل عادة على البراءة من الدين، فلا يفيد المستظهر به شيئا بخلاف محو ظاهر باطن به عقد ونحوه؛ فانه يستظهر على من قام به بيمين ، بناء على عدم حصول عادة في هذه الصورة ، كحصولها فيما مر. وانما ذلك ريبة وشبهة، يجب رفعها باليمين، كما ترفع ريبة التزوير فيمن قام بعقد ظهرت فيه تلك الريبة، وشهدت بينة ان الشهادات التي فيه من وضع شهوده، وشهدت اخرى انها ليست من وضعهم، وانما هي مزورة عليهم، فطلبت يمين القائم به، لمكان البينة النافية. والشهادة المثبتة هي المقدمة ، قاله الشيخ محمد عظوم (٢) في الدكانة.

ومن الفروع التي وقع القضاء فيها استنادا للعادة ؛ ما حكم به الشيخ احمد القلشاني (٣) قاضي الجماعة بتونس ، في ساقية احدثت بدرب ابي عائشة ، واتصلت الى شارع باب المنارة ، الذي تمر فيها فضلات مراحض دوره الى ان تصل الى الخندق المعد لذلك، وامتنع من الموافقة على احداثها من تمر عليه ، وترافعا في

---

(١) هو احمد بن علي المنجور الفاسي المستبحر في كثير من العلوم توفي سنة ٩٩٥

(٢) هو محمد بن احمد بن عيسى بن فندار القيرواني عرف بعظوم. أخذ عن البرزلي والزعبي وغيرهما. له من المؤلفات مواهب العرفان والمباني اليقينية ورعاية الامانة. كان حيا سنة ٨٨٩

(٣) هو احمد بن محمد بن عبد الله القلشاني. أخذ عن والده وابن عرفة والغبريني . له شرح على الرسالة وشرح مختصر ابن الحاجب الفرعي. تولى القضاء وتوفي عليه سنة ٨٦٣

ذلك، فحكم بتمكين المحدث مما احدثه. بعد ان تذاكر في النازلة مع الشيخ محمد عظوم ؛ فاستظهر الحكم بذلك. معللا بأن وضع الشوارع بتونس قد علم حين وضعها وتخطيط دورها عدم حفر ءابار لفضلات اهلها ؛ ووضعوا السواقي في شوارعهم لذلك ؛ واستمروا على ذلك على تعدد الازمنة والاعصر واهل كل زقاق قد دخلوا على ما وجدوا عليه من تقدمهم في ذلك ؛ والحادث عهده تبع لمن سبقه الى زمن الواضع ؛ وعلى هذا مشت احوالهم ، واستمرت قصودهم وافعالهم ، واذا دخل على ذلك المتقدم ، وجب الحاق حكم الطاريء به ؛ اذ لا يملك الطاريء من الشارع إلّا ما يملكه من خلفه هو فيه ؛ قاله في الدكانة في الورقة ٤٨

ومن الفروع المبنية على العادة ، القضاء بشهادة الحيازة على الملك، وجميع ما يذكر من الشروط (وهي كما ذكر القلشاني عن المازري سبعة شروط : ١ ـ الحوز، اي وضع اليد على الشيء المحوز ٢ ـ وأن ينسب اليه. ٣ ـ وأن يتصرف فيه تصرف المالك ، في ملكه . ٤ ـ وأن تطول المدة ٥ ـ وأن لا ينازع المحوز عنه في تلك المدة . ٦ ـ وأن يكون حاضراً ، عالماً ، بالغاً ، رشيداً ٧ ـ لم يمنعه من القيام مانع ، اهـ) انما منشؤه تحقيق الحال التي تكون فيها الحيازة شاهده للحائز بالملكية؛ اذ مجرد الحيازة لا ينقل الملك ، ولكن يدل عليه؛ ولهذا لا تنفع الحيازة إلّا مع ادعاء الحائز الملكية ، وجهل اصل مدخله ، هل دخل بوجه لا يقتضي نقل الملك ، كالعارية والاسكان ونحوهما، امر لا. اما اذا تحقق ان دخوله كان بشيء منها: فلا تنفعه حيازته ، ولو طالت حيازته جداً ، على ما لابن فتوح.(١) وإلّا ان يطول زمن ذلك جدا، على ما لابن رشد، قائلا: ولم يحد في هذه الرواية

---

(١) هو ابراهيم بن فتوح العقبلي الغرناطي أخذ عن ابن سراج وأخذ عنه ابن الازرق والقلصادي. كان من احفظ الناس لمذهب مالك . مولده سنة ٧٨٤ وتوفي سنة ٨٦٥

حدا ، إلا انه قال قدرما يخشى ان يكون من يعرف ذلك الحق قد هلك . لكن الذي في المختصر والتحفة وغيرهما انه اذا علم اصل المدخل بكراء او نحوه؛ لا تنفع الحيازة . وظاهر كلامهم ولو طال الزمن جدا، فيظهر انه الاقوى. قاله الشيخ مهدي في حاشيته في مبحث الحيازة

ولتحقيق الحال الشاهدة عرفا للحائز، قسم الفقهاء الحائز الى اجنبي ، وقريب غير شديد القرابة، وقريب جداً واصهار وجعلوا مدة الحيازة في الاجنبي عشر سنين لكن اذا كان شريكا اشترطوا فيه ان يكون التصرف بمثل الهدم لغير اصلاح . والبناء الكثير، والغرس في الدار والارض، والاستغلال في غيرهما. واذا كان غير شريك فيكتفى في التصرف بمثل سكنى الدار وزرع الارض. واذا كان قريباً غير شديد القرابة كالاخوان والاعمام والاخوال وابنائهم، وفي معناهم الاصهار والموالي؛ فاذا كان التصرف ضعيفا كسكنى الدار وزراعة الارض وعمارة الحانوت ، فلا تقبل دعوى الحائز الملكية لما حاز إلا مع طول المدة جداً؛ وهو ما زاد على الاربعين سنة ، ان لم تكن بينهم عداوة ، وإلا كفى في حيازتهم عشر سنين، كالابعدين . واذا كان التصرف قوياً جداً ، كالتفويت بالبيع والهبة والصدقة، لم تشترط مدة، بل سكوته يوجب انقطاع حقه بانقضاء المجلس، كما قال في التحفة :

وحاضر بيع عليه ماله ❋ في مجلس فيه السكوت حاله

الابيات الاربعة واذا كان التصرف متوسطا، كالهدم والبنيان والغرس وعقد الكراء، فمدة التصرف ما زاد على الاربعين ، على المعتمد كما في الزرقاني وغيره؛ وقيل عشر سنين

واذا كان الحائز قريبا جدا كالاب مع ابنه والعكس ؛ فلا يعتبر التصرف بمثل السكنى والازدراع اتفاقا، ويعتبر بمثل التفويت بالبيع والصدقة ونحوهما ، واختلف هل يحوز كل واحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان والغرس على قولين.

احدهما انه لا يحوز عليه بذلك؛ان ادعاه ملكا لنفسه؛قام عليه في حياته . او بعد وفاته ؛ وهو قول مالك والمشهور في المذهب إلّا ان يطول الامد جدا الى ما تهلك فيه البينات وينقطع فيه العلم قاله ابن رشد فالاختلاف في مقدار المدة المؤثرة ونوع التصرف المعتبر، باختلاف صفة الحائز ودرجة قرابته . لان العادة قاضية بالتسامح مع الاقارب ووصل رحمهم بمثل السكنى للدار،والزرع للارض ، والاعتمار للحانوت ؛ بخلاف التصرف بما هو اقوى من ذلك.

وكذلك ما اشترط من علم المحوز عنه . فان قال القائم ما علمت حقي إلّا الآن ، فقيل لا يقبل قوله ، وبه كان يفتي الشيخ ابن عرفة وأبو مهدي عيسى الغبريني (١) وبفتواهما جرى العمل على ما قاله الرصاع (٢) وتقله عظوم في البرنامج وقيل يقبل قوله بيمينه ؛ وهو قول ابن سهل وغيره وبه افتى البرزلي ، فأدخل على الناس مشقة عظيمة في القيروان . لان كثيراً من الناس يزهد في عقود اشرية البائع ، فيقوم على المشتري بعد الطول ويقول لا علم عندي إلّا الآن ؛ وربما يضيع عقد الاصل ، أو يعزل شهوده بجرحة ، وقيل يقبل قوله بيمينه ان كان وارثاً ؛ ولا يقبل قول غيره قاله في الوثائق المجموعة ولو قال علمت بحقي ولم أجد ما أقوم به إلّا الآن ، فاختار الشيخ الغبريني انه يقبل؛سواء أكانت البينة التي قام بها استرعاء أو غيره قال ابن ناجي والصواب عندي انه لا يقبل منه لانه كالمعترف بأن لا حق له ، مدع رفعه ثم وقعت بالقيروان بعد عشرة اعوام ، فأفتى فيها رحمه الله بما صوبته،

---

(١) هو قاضي الجماعة ابو مهدي عيسى بن احمد ابن محمد الغبريني تولى خطابة جامع الزيتونة بعد ابن عرفة . ونقل عنه عصريه البرزلي توفي سنة ٨١٣ - او سنة ٨١٥

(٢) هو محمد بن قاسم الرصاع الانصاري التونسي.قاضي الجماعة بتونس وإمام جامعها بعد محمد بن عمر القلشاني. اخذ عن تلامذة ابن عرفة . له شرح على الاسماء النبوية وشرح على حدود ابن عرفة وشرح على البخاري وفتاوى نقلت في المعيار والمازونية ، صرف نفسه عن القضاء وبقي في الامامة الى ان توفي سنة ٨٩٤

وهو خلاف فتواه الاولى ، لانه اذا كان لم يقبل قوله في عدم علمه بحقه، فأحرى اذا قال عندي العلم،ولم أجد ما أقوم به، اذ هو قادر على ان يقول ذلك للشهود؛ ويبقى على حقه اهـ،

وفي مطالبة الحائز بوجه ملكه ثلاثة اقوال الاول يطالب ؛ اذا أثبت المدعي الملكية،أو أقر له بها ففي التبصرة قال ابن رشد الذي مضى عليه العمل فيما ادركنا،وبه افتى شيوخنا فيما علمنا ان من أدعى عقارا بيد غيره؛يزعم انه صار اليه عمن ورثه عنه ، ان المطلوب لايسأل عن شيء؛حتى يثبت الطالب موت مورثه الذي ادعى أنه ورث ذلك العقار عنه، فاذا اثبت ذلك؛ وقف المطلوب حيئذ على الاقرار والانكار خاصة،ولم يسأل من اين صار اليه؛ فان أنكر وقال المال مالي ، والملك ملكي؛ودعواك فيه باطل ؛ اكتفى منه بذلك، ولم يلزمه اكثر من ذلك ، وكلف الطالب اثبات الملك الذي زعم انه ورثه ؛ واثبات موته،ووراثته له فان اثبت ذلك على ما يجب؛من صحة شروطه: سئل المطلوب حينئذ من أين صار اليه ، وكلف الجواب عن ذلك ؛ فان ادعى انه صار اليه من غير موروث الطالب الذي ثبت له الملك،لم يلتفت اليه؛ ولا ينفعه اثباته ان اثبته ، وان ادعى انه صار اليه من قبل موروث الطالب،بوجه يذكره، كلف اثبات ذلك فان اثبته؛وعجز الطالب عن المدفع في ذلك ، بطلت دعواه، وان عجز عن اثبات ذلك؛قضي عليه للطالب هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة،ولا اختلاف في ذلك احفظه اهـ.

القول الثاني يطالب ببيان وجه الملك ،

الثالث لا يكلف ببيان وجه ملكه مطلقا وهو الذي اقتصر عليه ابن سلمون وغيره ، وجرى به عمل فاس،وهو الموافق لما يفعله القضاة الذين ادركناهم ، فان المنكر دعوى القائم:اذا اجاب بملكيته للمحوز؛وحيازته له المدة

القاطعة ؛ يكلف المجيب باثبات الحيازة التي ادعاها ؛ لان في اثباتها اختصارا لمسافة الخصام ، لان الحيازة متى ثبتت وعجز القائم عن الطعن فيها؛ يحكم باستحقاق الحائز للمدعى فيه،وبطلان دعوى القائم . فلا فائدة في تكليف القائم باثبات بينة لا تسمع، لثبوت الحيازة. أما اذا عجز المطلوب المجيب بالانكار؛ عن اثبات الحيازة التي يدعيها؛فيعجز؛ ويطلب القائم بالبينة المثبتة للتملك؛ويجري بعد ذلك ما نقل عن ابن رشد .

واختلف في العادة هل هي كشاهدين،فلا يمين معها؛ او كشاهد،يحتاج معها الى يمين . والمشهور توجه اليمين؛ان كان للمدعي فيه منازع؛غير من احتج بالعادة؛ فتجب اليمين على المحتج بها ، فان لم يكن له منازع،فلا يمين. قاله صاحب الدكانة:وانتزعه من تعليل القرطبي (١) وابن عرفة عدم توجه اليمين على صاحب اللقطة؛ بعدم منازع له فيها قلت ما ذكره عظوم غير مطرد؛ ينتقض بمسألة ما اذا زوج ابنه البالغ،وهو ساكت ، حتى اذا فرغ؛انكر بحدثان ذلك. فانه يستحلف(٢) انه لم يرض ، فان نكل لزمه النكاح ، وكان عليه نصف الصداق.

---

(١) هو احمد بن عمر الانصاري الاندلسي القرطبي . يعرف بابن المزين . رحل لمكة والقدس والاسكندرية ومصر وأخذ عنه جماعة منهم القرطبي صاحب التفسير والتذكرة . له مؤلفات منها المفهم وهو شرح على صحيح مسلم بالغ في الاجادة والتحرير . مولده سنة ٥٧٨ وتوفي بالاسكندرية سنة ٦٥٦

(٢) النزاع في لزوم النكاح موجود بين الاب وابنه الرشيد وبين الابن والزوجة ؛ واذا نكل الابن عن اليمين لزمه النكاح ؛ والنكول شاهد عرفي؛قضي هنا بمجرده من غير يمين على الاب ولا على الزوجة. وما ذكر هنا من لزوم النكاح بالنكول؛هو الذي ذكره ابن يونس؛كما في شرح المواق لقول خليل « وحلف رشيد وأجنبي وامرأة انكروا الرضا والامر حضورا » وحكاه صاحب اللباب عن ابن القاسم . وقال ابوعبدالله لا يلزمه شيء ؛ وعليه فاليمين استظهار فقط ؛ لعله يقر . وصوبه ابو عمران . وحكى ابن سعدون عن بعض شيوخه: تطلق عليه بالنكول ويلزمه نصف الصداق . وذكر الونشريسي ان الخلاف في لزوم النكاح للناكل مبني على الخلاف في ان العادة هل هي كالشاهد او كالشاهدين ؛ فان قلنا كالشاهدين لزمه النكاح بنكوله وعليه نصف الصداق ؛ وان قلنا كالشاهد لم يلزمه . وقد بسط المسألة شارح العمليات الفاسية عند قول الناظم « ومن تحمل عن ابنه النكاح » في الورقة ١١ من الطبعة الفاسية ج ١

فلعل ما ذكره اغلبي. والعرف احدى الدعائم الخمس التي بني عليها الفقه، فقد استند اليه في معرفة اسباب الاحكام من الصفات الاضافية، كالصغر والكبر، والكثرة والقلة، في الاقوال والافعال في الصلاة، وثمن المثل في البيع والتعدي، ومهر المثل والكفء في النكاح، وتعيين المفروض من المئونة والكسوة والمسكن في النفقات واستند اليه في مقادير الحيض والطهر في الصلاة، والعدد واقصى امد الحمل في النسب، واستند اليه في فهم الالفاظ في الايمان، والوقف؛ والوصية، والطلاق. اما بقية الدعائم فهي اليقين لا يرفع بالشك، والضرر يزال، والمشقة تجلب التيسير، والامور بمقاصدها. انظر شرح المنجور للمنهج المنتخب صفحة٩٠

المبحث الثاني

في تكليف المدعي باقامة البينة فيقر ان لا بينة له

اذا اجاب المطلوب بالانكار طولب المدعي بالبينة وحينئذ اما ان يقر ان لا بينة له، او يدعيها. واذا زعم ان له بينة: فاما ان يدعي انها بيد المدعى عليه، او انها غائبة عنه؛ غيبة قريبة او بعيدة

فاذا اقر ان لا بينة له، توجهت اليمين على المدعى عليه المنكر، ان كانت الدعوى في مال، او ما يئول الى المال؛ فان ادعى المطلوب على الطالب انه كان احلفه قبل، لزم الطالب اليمين انه لم يحلفه، لتتوجه اليمين على المطلوب. فان نكل، فلا يمين له على المطلوب، وله قلب هذه اليمين على المطلوب، فيحلف انه كان احلفه ويبرأ. هذا الذي درج عليه صاحب المختصر، وصرح به الموثقون، وجرى به عمل فاس. ويرى بعض فضلاء اخواننا من محققي عصرنا؛ ان هذه الدعوى في زماننا مستبعدة، بعد ان صارت الايمان تسجل بعدلين؛ او في دفتر المحكمة؛ فادعاؤها تشغيب لا ينبغي الالتفات اليه.

ومن هذا الوادي ادعاء المدين علم الطالب بعدمه. فتتوجه اليمين على الطالب ؛ أنه لا يعلم عدمه وجرى العمل التونسي على عدم توجه اليمين على الطالب ، من ايام القاضي ابي اسحاق ابن عبد الرفيع.(١) وذكر ابن ناجي في كبيره في باب المديان ، في توجه اليمين من المدين على رب الدين انه لا يعلم عدمه ، قال كان العمل بتونس على توجهها ، الى ايام ابي اسحاق ابن عبد الرفيع فترك الفضلاء حقوقهم ؛ هروبا من اليمين ؛ فحكم بعدمها واستمر به العمل بتونس ، وبه انا احكم . وحسنه شيخنا الامام ابن عرفه : فيمن لا يظن به علم حال المديان ، لبعده عنه. واعترض هذا الكلام الشيخ عظوم في برنامجه بقوله : ترك الحكم بما جري الحكم به. ويشهد له اصل الشرع في الدعاوي. من توجه اليمين على إنكارها ، بمجرد ترك الفضلاء حقوقهم ؛ من اشنع ما يسمع في الشرع . ومن أكبرً الدلائل على اتباع مجرد هوى الفضلاء ، وأي فضيلة لهؤلاء الفضلاء الذين يمتنعون من توجه حكم من احكام الله تعالى ، جرى به العمل، مع ان جري العمل به يصيره مقدماً على المشهور اذا تعارضا في فرع. بل اي علم ودين لحاكم يقول: تركت العمل بما به الحكم وجرى به العمل؛ لكون الفضلاء اهل النخوة يأنفون من قبولها اه.

ورده الشيخ حسن الشريف في حاشية الزقاقية،بأن ما ذكره من امتناع الفضلاء من الحكم غير مسلم ؛ وانما تركوا موجبه.وهو طلب حقوقهم خوفا من لزوم اليمين لهم ، وذلك ادل دليل على مروءتهم حيث لم يرتكبوا ما يوجبها. وفرق واضح بين ترك موجب الحكم وبين الامتناع من الحكم.على انا لو سلمنا انهم امتنعوا من اليمين فالامتناع منها جائز معهود شرعاً ؛ اذ غايته انه نكول،

---

(١) هو ابو اسحاق ابراهيم بن حسن بن عبد الرفيع الربعي التونسي. قاضي الجماعة بتونس وخطيب جامعها. امتحن بالعزل والنفي والسجن. له مؤلفات من اشهرها معين الحكام. توفي سنة ٧٣٣.

والنكول جائز . لان الناس تشق عليهم الايمان ويتورعون عنها. وقد سئل الامام المازري عن رجل طلب رجلا ان يبيع له سلعة فقال: امراته طالق لا نبيعها لك؛ فلما رءاه حلف ادعى عليه انه باعها منه، وأنكر هو، فطولب باليمين انه ما باع منه شيئا، فتورع عن اليمين وقلبها عليه، فحلف المدعى لقد باعها منه. فهل المدعى عليه حانث ام لا فأجاب لا يحنث لنكوله عن اليمين ، لان الناس تشق عليهم الايمان ويتورعون عنها. وقد قال مالك في الوصي، يغرم في نكوله في اليمين، وتوقف عن غرمه في الكثير، لاجل مشقة اليمين على الناس. فكذلك هذا، فنكوله لاجل المشقة، ولم يقصد بأصل يمينه إلّا انه لا يبيعها له اختياراً . ولا يحنث فيما بينه وبين الله، ويصدق، إلّا ان تقوم عليه بينة في يمينه، فيحلف انه لم يرد الا انه لا يبيعها منه طوعاً ، ثم لا شيء عليه. وامتناع الحاكم من الحكم بها، من باب مراعاة المصلحة العامة ، لانه لو شاء كل مدين يدعي العدم، ان يحلّف رب الدين، يحلفه، فتضيع الحقوق بتورع الناس عن اليمين نعم ان ثبت ان امتناع الحاكم من الحكم بها ؛ بمجرد مراعاته اهل النخوة والترف ، فذلك ادل دليل على ضعف دينه. وما ذكره من تقديم ما به العمل على القول المشهور، نحوه للشيخ المسناوي. (١) قال اذا جرى العمل ممن يقتدى به بمخالف المشهور لمصلحة، فالواقع في كلامهم انه يعمل بما جرى به العمل، وان كان مخالفا للمشهور. وهذا ظاهر اذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب. والا فالواجب الرجوع الى المشهور اهـ. ثم ان وجوب العمل بالقول المعمول به والمصير اليه ، يلحقه تفصيل وتحرير ، وذلك ان تقول اما ان يقولوا جرى العمل به للعرف الذي اقتضته المصلحة في عرف العامة ، فهذا امر عام في كل موضع وبلد ؛ كمسألة تضمين الصناع ، وكمسألة بيع السلطان للغصوبات؛

---

(١) هو ابو عبد الله محمد الشهير بالمنساوي. مشهور بغزارة العلم. له اجوبة كثيرة وتقاييد

على اصل ابن حمديس والبطرني، (١) خلاف اصل ابن رشـد وابن الحاج(٢) وغيرهما . وأما ان يقولوا جرى العمل به في هذه المسألة في بلد كذا. فهذا لا يعم بل يخص . اهـ

ولو أدعى المطلوب على الطالب المدلي ببينة ، انه عالم بفسق شهود بينته ، فتتوجه اليمين على الطالب انه لا يعلم ذلك وأما الدعوى التي لا تثبت إلا بالشاهدين فلا يمين بمجردها، كدعوى الطلاق ، والنكاح ، والولاء ، والنسب، والرجعة ، والاسلام ، والردة ، والبلوغ ، والجرح ، والتعديل ، والشركة ، والاحلال ، والاحصان ، والوكالة والوصية، عند اشهب. قاله في التبصرة صفحة ١٥٨ من الجزء الاول ، ومثله اسقاط الحضانة اذ ليس اسقاطها مالا ولا ءايلا اليه. فلا تتوجه اليمين فيه بمجرد الدعوى ، ولا يثبت بالشاهد واليمين. قاله الشيخ الرهوني وما في ابن سلمون في ترجمة الحضانة وما اتصل بها ، لاينبغي التعويل عليه ونصه فان ادعى الاب على الحاضنة انها اسقطت الحضانة ، وأنكرت هي ذلك ، فعليها اليمين قاله ابن الهندي اهـ

وأما الحيازة فتثبت بالشاهد واليمين لانها تؤول الى المال قاله عظوم في مبحث الحيازة من برنامجه ، معترضا على ما قاله ابن ناجي . واذا حلف المطلوب على رد الدعوى، ثم ادلى المدعي ببينة ، فان لم يعلم المدعي بها ، حكم له بها، وان علم بها ، ففي المسألة روايتان ، ارجحهما قول المدونة وان استحلفه بعد علمه ببينة

مفيدة في انواع من العلوم. مولده سنة ١٠٧٢ وتوفي سنة ١١٣٦

(١) هو محمد ابن الحافظ ابي العباس البطرني الانصاري التونسي. المتفنن المجاب الدعوة. استخلفه ابن عرفة في الخطابة حين سافر للحج سنة ٧٩٢ وأخذ عنه ابن خلدون والبرزلي وابو الطيب ابن علوان وابن الخطيب القسنطيني والبسيلي والوانوغي. مولده سنة ٧٠٢ ووفاته سنة ٧٩٣

(٢) هو محمد بن احمد؛ يعرف بابن الحاج. كان القضاء يدور بينه وبين عصريه ابن رشد. ألف النوازل المشهورة وقتل ظلما بالمسجد الجامع وهو ساجد في صلاة الجمعة سنة ٥٢٩ ومولده سنة ٤٥٨

تاركا لها وهي حاضرة أو غائبة.فلا حق له، وفي الرسالة واذا وجد الطالب بينة بعد يمين المطلوب.لم يكن علم بها ، قضي له بها.وان كان علم بها.لم تقبل منه ، قال ابن ناجي وصاحب البينة محمول على عدم العلم،وبه العمل، اهـ، والترك للبينة . لا يلزم ان يكون بالتصريح ، بل الاعراض كاف.على ما للاكثر ولا ينتفع المدعي.الملفي بينة بعد يمين المطلوب، إلا ببينة بشاهدين ، ولا يكفيه الشاهد واليمين ، هذا الذي حكاه اكثر اهل المذهب ، وحكم به ابو اسحاق ابن عبد الرفيع بتونس حال قراءة الشيخ ابن ناجي بها، حكى جميع ذلك في شرح الجلاب (١).

فلو قال المدعي للقاضي احلف الخصم لي ، وأنا اترك بينتي، فأمر القاضي المدعى عليه باليمين ، فلما توجه للحلف.بدا للطالب وطلب ان يأتي ببينته ، فليس له ذلك. وبهذا حكم ابن ناجي اجتهادا ، ثم اطلع على النص في كتاب الديات وفي كتاب الحمالة .

المبحث الثالث في تكليف المدعي باقامة البينة

فيزعم ان بيد المدعى عليه ما يغنيه عنها

اذا زعم المدعي ان بيد المدعى عليه ما يغنيه عن البينة ، وطلبه باحضار ما بيده من الحجج لتصفح هل له فيها حجة ، فامتنع المدعى عليه، فأفتى الشيخ القاضي ابن سودة (٢) ، والشيخ عبد القادر الفاسي (٣) ، انه لا يلزمه اعطاء موجباته

---

(١) هو عبد الله بن الحسين بن الجلاب من اهل العراق تفقه بالابهري وغيره. وتفقه به القاضي عبد الوهاب. له كتاب التفريع في المذهب ؛ مشهور معتمد. توفي سنة ٣٧٨

(٢) هو محمد بن ابي القاسم بن سودة ؛ من بيت علم ؛ كان من قضاة العدل بفاس مولده سنة ١٠٠٣ وتوفي سنة ١٠٧٦

(٣) هو عبد القادر بن علي بن يوسف الفاسي ؛ من بيت الفاسي الشهير بالعلم منذ اكثر من ثلاثمائة سنة ومع غزارة علم هذا السيد لم يعتن بالتأليف وانما تصدر عنه اجوبة عما يرد من الاسئلة عليه مولده سنة ١٠٠٧ وتوفي سنة ١٠٩١

التي بيده لخصمه؛ وقالا لو مكن الخصم من هذا وشبهه لفتح على الناس باب يعسر سده واختار أبو علي ابن رحال (١) القضاء عليه بذلك . واستظهر انه لو رفع الرسم لعدل ينظر فيه ؛ أو حلف انه لم يقصد حيلة وانما اراد الانتفاع به لكان حسنا . واعتمد فيما قاله على جواب الشيخ ابن ابي زيد(٢) عن متخاصمين طلب احدهما ان يوقفه صاحبه على وثيقة بيده له فيها حق . فأجاب اذا حضر الحكم وجب اخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها،وليس له الامتناع،وهو من حق الطالب. اهـ. وعلى ما في التبصرة عن اقضية ابن سهل ونصها مسألة اذا كانت عند رجل كتب لغائب ، فقام رجل عند القاضي ، وذكر ان له في تلك الكتب حقا ومنفعة . وسأله ان يأمر الرجل باحضار الكتب لينظر له فيها ، فان القاضي يأمر الذي عنده الكتب باحضارها وينظر فيها. اهـ. وقد رد كلام أبي علي؛الشيخ الرهوني وبعض تلامذة التاودي،وقد احسن الثاني كل الاحسان. فأما الشيخ الرهوني فقال ليس في كلام ابن سهل ان بين الطالب لاحضار الرسوم وبين المطلوب خصومة ، ولا بين الطالب والغائب الذي نسبت اليه الرسوم خصومة،وانما مقصود ابن سهل ان نسبة المطلوب الرسوم للغائب ليس بعذر يمنعه من احضارها، كما ان من بيده مال لغائب؛ليس له الامتناع من احضاره لمن طلبه به وله عليه دين ونحوه . وأما فتوى الشيخ ابن أبي زيد فقد نقلها صاحب المعيار مختصرة،ونقلها البرزلي قبيل مسائل الضرر برمتها، ونصه : سئل

---

(١) هو ابو علي الحسن بن رحال المعداني. احد قضاة العدل والعلماء المطلعين . له شرح جليل على المختصر الخليلي وحاشية على شرح التحفة لميارة والارفاق في مسائل الاستحقاق وغير ذلك توفي سنة ١١٤٠

(٢) هو ابو محمد عبد الله بن ابي زيد عبد الرحمن النفزي القيرواني حامل لواء المذهب المالكي. تفقه بفقهاء بلده وعول على ابن اللباد وأبي الفضل الممسي. وتفقه به جماعة كأبي بكر عبد الرحمن وأبي سعيد البراذعي له مؤلفات كثيرة من اشهرها الرسالة والنوادر والزيادات على المدونة ومختصر المدونة. توفي سنة ٣٨٦ ودفن بداره بالقيروان

ابن أبي زيد عن متخاصمين طلب احدهما صاحبه ان يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق ، فقال لا اخرجها إلّا بعد بطالة العيد ، وادعى رضى خصمه بذلك . فهل يحلف له على الصبر أم لا ، فأجاب اذا حضر الحكم،وجب اخراج الوثيقة للطالب لينظر ، وليس له الامتناع ، وهو حق للطالب، اهـ، فليس فيه ان تلك الوثيقة هي ملك للمطلوب وحده . وانما فيه انها بيده ، وذلك أعم من ان تكون بيده على انه كتبها لمنفعة نفسه خاصة ، أو كتباها معاً لمنفعتهما معاً . فبقيت بيده ، والاعم لا اشعار له بأخص معين ، ويقوي الاحتمال الثاني . احتجاج المطلوب بأنهما اتفقا على ان لا يظهراها إلّا بعد مضي ايام العيد ، ولم يحتج بأنها له وحده ، فلا يخرجها له لكونها له ، فالنزاع بينهما في لزوم ما اتفقا عليه من التاخير،وعدم لزومه ، وعلى اللزوم فهل يحلف له على الصبر،ان انكر الرضى بذلك ، أم لا ، اهـ، وأما بعض تلامذة التاودي فقال يشهد لما ذهب اليه ابن سودة والفاسي ، ما في البرزلي في اول مسائل النكاح،ونصه على اختصار حلولو : وفي الطرر رأيت في بعض الكتب ، سئل بعضهم عن شراء الرق الذي يكتب فيه الصداق واجرة الكاتب ، فقال على الذي يتوثق لنفسه ، وهو ولي المرأة ، قلت في المدونة ما يدل على انه عليهما ، اي على الزوج والزوجة ، ويدل ايضاً ما فيها ان الورثة اذا اجتمعوا على اثبات وفاة ونحوها ، فأجرها على جميعهم ، على عدد رؤوسهم ، وكذلك القسمة ، ومن طلب نسخة فله ذلك بالقضاء ، بخلاف ما لو أقامها احدهم حتى تم حقه ، فليس عليه ان يعطيهم نسخة منها إلّا برضاه ، وقد نزلت بتونس وحكم بذلك ووقعت الفتيا به، اهـ، وما نقله ابن سهل عن ابن القطان (١)

---

(١) المراد به ابو عمر احمد بن عيسى بن هلال القطان القرطبي الذي دارت عليه الفتوى مع ابن عتاب وتفقه بابن دحون وابن الشقاق وسمع القاضي ابن منيث؛وتفقه عليه موسى بن الطلاع وابن حديس وابن رزق. مولده سنة ٣٩٠ وتوفي سنة ٤٦٠ - وليس المراد به علي بن محمد بن عبد الملك المكناسي المعروف بابن القطان شارح احكام عبد الحق الاشبيلي ؛ لوفاته سنة ٦٢٨ - فهو متأخر عن ابن سهل المتوفى سنة ٤٨٦ فلا يصح ان ينقل عنه ابن سهل.

فيمن وقف على املاك بيده من اين صارت له . فقال عندي بذلك وثائق فطولب باحضارها . فأبى . قال ابن القطان ليس على المُوقَف احضار الوثائق . ولا يسأل من أين صارت له الاملاك . إلّا ان يكون معروفاً بالغصب والتسور والاستطالة . اهـ. وأما مسألة ابن أبي زيد وابن سهل فمخالفة لمسألة ابن سودة والفاسي . اذ الاولى ذكر السائل انه طلب نسخة مما له فيه حق ولا يكون له الحق إلّا اذا كان هو ممن اقامه . أو دخل مدخل الذي أقامه . وثبت ذلك بالموجب . كما يفيده ما تقدم عن حاولو . ومسألة الفاسيين لم يقم القائم على ما فيه حق له وانما قام يطلب ما فيه منفعة له ؛ فأفتيا بمنعه . فابن أبي زيد وابن سهل تكلما على ما ثبت فيه حق للطالب . ولم يتعرضا لما لا حق له فيه . وانما له المنفعة فقط والفاسيان تكلما على ما فيه المنفعة فقط . والبرزلي في نقله تكلم على الطرفين . والشيخ ابن رحال خالف الجميع . فقال باعطائها فيما فيه المنفعة فقط ؛ فتعين عدم قبوله . اهـ. باختصار . انظر حاشية مهدي عند قول التحفة « وطالب التاخير فيما سهل » وقد تبين بما ذكرنا ضعف قول الشيخ عمر الفاسي محل كلام ابي علي مع حضور الرسم وإلّا فلا يجبر على الاتيان به بلا خلاف . وان صوبه ابن سلامة في حاشية التاودي ووجه الضعف ان مسألة ابن ابي زيد وابن سهل . الرسم فيها غير حاضر بالمجلس . قال ابن سلامة وعملنا في تونس على هذا ان كان حاضرا دفع لعدل ينظر فيه . وانظر هل كونه في الجيب بمنزلة الحاضر يفتش ويخرج أم كالغائب وهو الاظهر . لانه اذا لم يفتش دار الغريم لتمكين الحق الثابت . ومثله جيب المفلس كما يأتي . فأحرى هذا . اهـ. وانا اشك في صحة العمل الذي ذكره اذ لم ينص عليه عظوم ولا الشريف ولا ابن الطاهر ؛ ولعله رأى بعض شيوخه من القضاة فعل ذلك اغتراراً بكلام ابي علي فحكاه عملا وقد علمت ما فيه . وتلخص

ان ما ثبت الاشتراك فيه ، أو تعين الحق فيه للطالب ، وكان مسلما كرسوم المحاسبات والتركات والاحباس وعقود الاملاك ، لا خلاف فيه ؛ كما قاله الشيخ عمر الفاسي، وان الحجة متى كانت موروثة ، أو اقامها الجميع ، فمن اراد نسخة منها اخذ الاجر من الجميع ، اذ لا وجه لاستبداد واحد دون الآخر ؛ إلّا اذا تراضوا على تمكينها من شخص واحد منهم ، ومن اسقط حقه لا يلزمه اجر ، قال ابن سلامة رأيت القضاء بذلك من شيخينا القاضي اسماعيل (١) والقاضي ابن عبد الستار (٢) وبه قضيت مراراً، ورأيتهما يأمران بالقرعة على الاصل والفرع ، اما اخذ النسخ من عقود الاملاك المباعة المعبر عنها الآن بالمضمون، فالاجر على البائع ، او يمكنه من الاصول ؛ فان ابى التمكين ، خير بين التمسك بالمبيع والرد؛ ان لم تكن الرسوم الاصلية حاضرة، وإلّا اجبر على تمكينها، اه كلامه وستأتي المسألة ان شاء الله في الباب الثاني ،

المبحث الرابع في تكليف المدعي باقامة البينة فيزعم ان له بينة

اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي ، فسأل القاضي المدعي أله بينة ، فادعاها، فاما ان يدعي انها قريبة او بعيدة ؛ فان ادعى قربها ، كان للمطلوب سؤال الحاكم تأجيله على احضارها ، ومقدار الآجال في غير ما ورد تحديده من

---

(١) هو اسماعيل التميمي التونسي ؛ قاضي الجماعة بتونس ومفتيها ورئيس المفتين بها. اخذ عن الشيخ صالح الكواش وعمر المحجوب. وأخذ عنه الشيخ ابراهيم الرياحي والشيخ البحري بن عبد الستار والشيخ محمد بن احمد بن خوجة له رسائل وفتاوى كثيرة ينزع فيها منزع ابن مرزوق في التحرير والاخذ بمآخذ المجتهدين. تولى رئاسة المفتين عوض الشيخ محمد المحجوب بعد وفاته توفي سنة ١٢٤٨

(٢) هو محمد بن عبد الستار البحري التونسي ؛ قاضي الحاضرة وفقيهها الموثق اخذ عن الشيخ حسن الشريف والشيخ الطاهر بن مسعود والشيخ اسماعيل التميمي والشيخ ابراهيم الرياحي. وأخذ عنه الشيخ محمد بن سلامة ولازمه توفي سنة ١٢٥٤

الشارع ؛ موكول الى اجتهاد الحاكم ، غير ان المتأخرين من المغاربة ضيقوا الخناق ، حتى جعلوا مخالفة الحاكم في مقدار الآجال الذي اشتهر عن القضاة ، يوجب مغمزا في الحكم ، قال التسولي في شرح التحفة قبيل مبحث الاعذار : المناسب لضعف عدالة قضاة الوقت ، ان لا يقبل منهم اقل من هذه التحديدات المذكورة ، وانه ان حكم عليه ، بعد ان اجله بأقل ، وعاجله بالحكم ، والمحكوم عليه يطلب ما وجب له على التفصيل المار ، ينقض حكمه وتعجيزه ان اتى بحجة . لانهم انما استحسنوا التحديدات المذكورة وعملوا بها ، رفعا للتهم ، فكما لا يقبل قول قاضي الوقت حكمت بعد ان اجلت ، ونحوه ؛ كذلك لا يقبل قوله اجتهدت في قدر اجله ، اذ ليس هو من اهل الاجتهاد ، ولذا صرح غير واحد بأن العمل على التفصيل المتقدم ،. اهـ. وهو مشكل جدا ، وتنظيره بعدم قبول قول القاضي ، حكمت بعد ان اجلت ، مبني على ما جرى به عمل فاس لا على ما جرى عملنا ، وستأتي المسألة قريبا ان شاء الله ،

وقد وقع التأجيل لاحضار البينة القريبة ، في ادعاء الاصول ، وفي الوراثات ، بشهر ؛ يؤجل خمسة عشر يوماً ، ثم ثمانية ، ثم اربعة ، ثم ثلاثة تلوماً ، أو يؤجل ثمانية ، ثمانية ؛ ثم يتلوم بستة ، أو بعشرة ، عشرة ؛ ثم يتلوم بعشرة ، أو بعشرين ، ويتلوم بعشرة ،

وأجّل في ادعاء غير الاصول والمواريث ، بواحد وعشرين يوماً ، يؤجل ثمانية ايام ، ثم ستة ، ثم اربعة ؛ ويتلوم له بثلاثة ، وهذا كاثبات استحقاق الحضانة ، واثبات النسب ، واثبات ان متاع البيت له ، أو لها ،

وأجّل لاثبات العدم في الصداق ؛ ثلاثة اسابيع ، نقله مهدي في حاشية الزقاقية صفحة ٥٩ ـ وأجّل في اثبات الدين ؛ ثلاثة ايام ، ولم يذكر مقدار التأجيل لاثبات العدم في غير الصداق ؛ واستظهر تأجيله بثلاثة ايام ؛ قياسا على

مثبت دين ؛ بجامع ان كلًّا مثبت لحق ، نقله مهدي ايضاً في حاشية الزقاقية صفحة ٥٣ ـ واذا وقع الاجل مفصلا ، وانقضى الاجل الاول ، وغفل المدعى عليه عن المتأجل ، فلم يقم عليه إلّا بعد مدة تنتهي فيها الآجال المفصلة كلها ؛ فان ايام الغفلة تحسب من الاجل ، ولا يزاد للمتأجل اجل اخر ، بهذا افتى الشيخ قاسم عظوم كما في اجوبته ، حيث قال وأيام الغفلة يحتسب بها على ما قاله بعض الموثقين ، وعزاه الوانوغي (١) للشيخين ابي صالح (٢) وابن عتاب ، وهو منصوص عليه في المدونة ، وساقه وحكى عن شيخه ابن عرفة تصويبه ، وخرّج البوسعيدي (٣) في اختصار الحاوي المسألة على قاعدة من فعل فعلا لو رفع الى القاضي لم يفعل غيره ؛ هل يكون بمنزلة ما لو رفع اليه أم لا ، اهـ ، نقله ابن الطاهر في حاشيته في مبحث الآجال ،

واذا أجل القاضي الخصم ، ثم عزل او مات قبل انصرام الآجال ، لم يستأنف الذي ولّي بعده ضرب اجل اخر ؛ وينفذ الحكم من اليوم الذي انتهى اليه العزل او الموت ، وكذلك الحكم في الخصمين اذا مات احدهما قبل انقضاء الاجل الذي ضرب له ؛ فانه يكمل في حق الآخر ، او في حق ورثته نقله في التبصرة عن المفيد صفحة ١٤٠

---

(١) هو محمد بن احمد الوانوغي التوزري نزيل الحرمين الشريفين كان مشهورا بالذكاء والحفظ والاعجاب بنفسه والازدراء بمعاصريه اخذ عن ابن عرفة واحمد بن عطاء الله وأبي الحسن البطرني وابن خلدون وأبي العباس القصار واخذ عنه ابن ناجي. له طرر على المدونة في غاية الاجادة مولده سنة ٧٥٥ وتوفي بمكة المكرمة سنة ٨١٩ ويذهب بعض الى ان تلك الطرر لعيسى الوانوغي من اصحاب ابن عرفة الذي حج سنة ٨٠٣ ثم رجع لبلده

(٢) هو ايوب بن سليمان بن صالح بن هشيم المعافري القرطبي كان فقيها حافظا مفتيا دارت الشورى عليه وعلى صاحبه ابن لبابة في ايامهما سمع من العتبي وغيره وذكره ابن سهل في احكامه توفي سنة ٣٠١

(٣) هو ابو عبد الله البوسعيدي البجائي. اختصر الحاوي وأتم اختصاره في ذي القعدة سنة ٨٢٦

وأما اذا ادعى القائم ان له بينة بعيدة ؛ فيؤجل على احضارها اذا كانت الدعوى في الاصول وفي الوراثات ، ثلاثة اشهر ، كما في التحفة .

واذا سأل الطالب ، المدعي بينة قريبة ، ان يأتي المطلوب بحميل بالوجه ، الزم المطلوب ذلك ، فان عجز ، حلف الطالب ان له بينة وسجن له الى اتمام الاجل المضروب فان ثبت الحق قضي به ؛ وإلا حلف المطلوب وذهب . ويتوقف سجن المطلوب العاجز عن الحميل ؛ على تسمية الطالب الشهود ؛ وإلا لم يسجن المطلوب قاله الزقاق في لاميته ، واستظهره شراحه. وليس ذلك منصوصا للموثقين ، وانما النص على تسمية الشهود في خصوص البينة البعيدة قلت وهذا المذكور لا يتمشى مع التمكين من الحكم على المتغيب كما تقدم ؛ فلا ينبغي للقاضي اليوم ان يسجن المطلوب اذا عجز عن الحميل وحلف الطالب ان له بينة ؛ لان القضاء بالحق بعد ثبوته ممكن،سواء أحضر المطلوب او تغيب؛ فلا ضرر على الطالب.

واذا سأل الطالب ، المدعي بينة بعيدة ؛ تحليف خصمه المنكر ؛ مستبقيا لنفسه الحق في القيام ببينته اذا حضر الشهود ؛ اجيب الى مطلبه ، بشرط ان يسمي الشهود ، وان يحلف انه صادق في دعوى البينة وقيل لا يلزمه إلا تسمية الشهود دون الحلف . واذا سمى الطالب الشهود الذين زعم غيبتهم ، فلم يشهدوا له ، او شهد غيرهم ، بطل حقه ، ولم يكن له قيام على المطلوب واذا أبى الطالب من تسمية الشهود ، لم يكن له ان يحلف المطلوب ، إلا على ان لا يقوم بحجة بعد .

المبحث الخامس في الاعذار المترتب على حضور البينة

اذا ادلى المدعي بالبينة الشاهدة بصدق دعواه ، أعذر القاضي فيها للخصم ، بمعنى انه يسأله هل له ما يسقطها ، فان ادعى ذلك ، اجله القاضي بشهر ، كما قال في التحفة :

وحل عقد شهر التاجيل فيه وذا عندهم المقبول

وحل العقد ، اي اسقاط البينة ، يكون أما باثبات مخرج منها ، او بتناقض فيها او استحالة؛ او بتكذيب المشهود له اياها ، او بتجريح شهودها ، وإما بمعارضة البينة .

فاثبات المخرج ؛ كأن يدعي ان الارض له ، فينكره الخصم ؛ فيدلي القائم بينة في الملكية ؛ ويعذر فيها الى الخصم ؛ فيثبت الخصم ان القائم باعها له او وهبها له ، فان هذه البينة اذا سلمت من القوادح ، تسقط حق القائم ؛ وتبطل بينته ، ومن اثبات المخرج ، ان يثبت الاستحفاظ ؛ بمعنى الايداع ؛ على شرطه ؛ وهو ان يبين التقية ان كان المشهود فيه معاوضة ؛ ومن غير احتياج لذلك في عقود التبرعات ؛ كأن يدعي ان الدار له ، فينكر الخصم ؛ فيدلي المدعي ببينة ان الحائز وهبها للقائم ، فيثبت المدعى عليه ايداعا قبل تاريخ صدور الهبة ان ما يفعله غير ملتزم له ؛ وانما قصده به استدراجه ليقر بحق له عليه ، فذلك يسقط بينة القائم

والحل بالتناقض ؛ كأن يدلي القائم بينة تشهد أن الارض ملك له ؛ فيعذر فيها الى الخصم ، فيثبت ان اولئك الشهود شهدوا في موطن ءاخر ان الارض وقف على القائم وكأن يقول شهود بينة المدعي حضرنا يوم كذا بتونس وبحضرتنا انكح ابنته فلانا ؛ او باع له داره التي بدرب كذا ، فيعذر الى المشهود عليه ؛ فيثبت انهم قالوا قبل الشهادة او بعدها وقبل الحكم بها كنا في اليوم المذكور بمصر فهذا تناقض في الشهادة يوجب سقوط الحجة ، ولا تجر الى ضرر في الدعوى ولا تناقض فيها لان المدعي أتى بها طبق دعواه فكذبها من خارج لا يبطل الدعوى ، والتناقض في نفس الشهادة لا يمكن المشهود عليه من الحل به في الشهادات الاصلية ؛ لانه من باب القدح بالكذب ؛ وشاهد الاصل

هو العدل المبرز ؛ بخلاف الاسترعاء ، فقد يكون مبرزا ، وحينئذ لا يحل به لما ذكر ، وقد يكون غير مبرز ، فيمكن من الحل به . وايضا فشاهد الاصل من يقول اشهدني فلان بكذا يوم كذا ، فاثبات حله بالتناقض غير ممكن ، لانه ان كان باسترعاء ، شهوده مبرزون ؛ شهدت انه ليس هنالك ، فالمثبت مقدم على النافي ، كما سياتي ان شاء الله في مبحث تعارض البينات قريباً ، وان كان باسترعاء شهوده غير مبرزين ، فكذلك مع زيادة الترجيح بالاعدلية ، ولا يكون التناقض في الشهادات الاصلية إلا من المشهد ، ويرجع ذلك الى تكذيب المشهد للشهود ، وذلك لا يجر قدحاً في الشهود ، اذ لا يلزم من تكذيب المشهد للشهود كذبهم في نفس الامر الواقع ، وهذا هو الفرق بين التناقض في الاسترعاء وفي الاصل : ففي الاسترعاء ، قدح بالكذب في الشاهد بواسطة تناقضه ، وفي الاصل ، تكذيب من المشهد ؛ وفي الاول تقبل منه بينة اخرى ، وفي الثاني لا تقبل ، لان تكذيب الشهود فيما شهدوا به له في الدعوى ؛ تكذيب لنفسه فيها قطعاً ، فيتناقض قوله بالنسبة لاصل الدعوى ، وهذا كأن يقوم على حائز ارض ، ويدعي انها له ، فينكر الحائز : ويزعم ملكيته لها ؛ فيدلي القائم برسم تبايع بين المدعي والمدعى عليه فيها بتاريخ كذا ، فيعذر الى المدعى عليه في الرسم ، فيثبت انه كان ادعى عليه ان هذه الارض له بطريق الهبة من الحائز بعد تاريخ التبايع ، فلا عمل على كل من الدعويين ، ولا على ما يحتج به عليهما او على احداهما ؛ للتناقض في القولين وتكذيب شهود كلتا الدعويين قاله ابن سلامة في حاشيته وما صورنا به التناقض في البينات الاسترعائية هو الذي ينبغي اعتماده ، اما تصويره بأن التناقض في مجلس واحد من شاهدي الاسترعاء عند الاداء ؛ فمما لا يلتفت اليه ، لان البينة بهذه الصفة لا يعذر القاضي فيها ، وانما يعذر في التام الصحيح ، وغير الصحيح يرده ويبطله ، من غير افتقار الى قدح الخصم فيه .

والحل بالاستحالة كأن تشهد بينة ان الدار للقائم ، ملكها بالشراء من المدعى عليه عام كذا فيثبت المدعى عليه ان القائم في تاريخ الشراء لم يبرز الى عالم الوجود ، ومن هذا ما وقع امامنا في نازله استحقاقية احتج القائم فيها برسم مدلس ، استفيد تدليسه من ختم به منسوب لبعض قضاة الحاضرة ؛ وتاريخ الختم سابق على زمن الولاية؛ ومن تحديد العقار في بعض جهاته بوقف المدرسة الباشية ، مع ان التاريخ سابق على تاريخ بناء المدرسة.

والحل بتكذيب المشهود له شهود بينته ؛ تقدم التمثيل له غير مرة .

والحل بالقدح في الشهود ، يكون في غير المبرز بكل قادح ، وفي المبرز بالعداوة والقرابة. فاذا ذكر شاهد القدح جملة من القوادح في شهود البينة ، كان التجريح ساقطا ، ففي رعاية الامانة للشيخ عظوم ان ابن راشد نقل عن القرافي وسلّمه ، ان المجرح يجب عليه ان يقتصر على اقل ما يحصل الجرحة المانعة ، فان زاد على ذلك ، كان غيبة ، وهي محرمة اجماعاً ، فيكون ذلك جرحة. ومنه قولهم في التجريح نعرفه كذاباً فصيغة المبالغة في صفة الكذب زيادة لافائدة فيها . لان ما ابيح من ذلك مقيد بقدر الحاجة ، لضرورة التجريح وتحصيل مصلحته ، ويبقى ما عداه على وفق الاصل من انها غيبة محرمة . قال الشيخ الجد وهو صواب ، وعليه فاذا اقدم على الزيادة ، يجب أن يجرح بها ، لأن الزيادة جرحة في المجرح ؛ تبطل بها شهادته في التجريح ، اهـ. قال عظوم في برنامجه : وهي فائدة جليلة قل من يتفطن لها ؛ وقد ابديتها في بينة جرحت حاضنة بأمور ثمانية ، عند قاضي الجماعة أبي عبد الله محمد بن عزوز ، ولم يتعرض لها احد من مفتيي تونس حينئذ في عام ثمانين وتسعمائة ، ولم تتقدم اذذاك للفتيا ؛ فاستغربه جميعهم ، ولم يقبله مني ، ولم يوافق عليه عدا الشيخ سيدي عبد الكريم بن سعيد ، ومن جهل شيئا عاداه . اهـ . قلت الذي

في الفائق ان هذه المسألة جرت في القاهرة ، و ... ختلف فيها بينهم ؛ ولم يصرح باسم القرافي . وحيث كان هذا رأيا لابن راشد . ناشئا عن تحقيق المناط ، وهو ان الزيادة هل هي غيبة . وهل الزائد على الضرورة غيبة ؛ ولم يكن في نصوص المذهب ابطال التجريح بهذه الزيادة ، تعين عدم اعتماد مـا ذكره على ان في تجريح البينة الشاهدة بتعدد الجرحة نظرا من وجوه الاول ان المشهود له قد يجد المخرج من بعض القوادح المعينة في شهوده ؛ كالتجريح بتكرر الكذب في شيء معين ؛ فيثبت المشهود لـه ان تلك الكذبات في مصلحة تبيح الكذب ؛ وكالتجريح بترك حضور الجمعة مرات فيثبت المشهود لـه ان ذلك لتاويل او لمرض خفي على الناظرين ، وكالقدح بانكار وديعة ، فيثبت المشهود له ان تلك الوديعة مقدار مال للمودع (بالفتح) استولى عليه المودع (بـالكسر) وتعذر اخذه منه . فالاقتصار على بعض القوادح فيه خطر اعمال الشهادة الباطلة ؛ واعانة المبطل على استباحة الاموال المعصومة الثاني ان القدح قد يكون بكبيرة اعلن بها ولم يقلع عنها ، وذلك يسلب المقدوح فيه حرمـة العرض ، ويسمه بالاعلان بالفسق ، ولا غيبة في فاسق معلن الثالث ان الغرض انما هو ابطال الشهادة الزائفة ؛ لا ايذاء الشاهد في وصفه بما يكره على ان التجريح بالغيبة قال فيه صاحب العمل المطلق ولا يجرح شاهد بالغيبة ، لانها عمت بها المصيبة .

ونقل ابن الطاهر في حاشية التاودي ، عند قول التحفة « وغير ذي التبريز » ان ابن راشد القفصي قال في اول نكاح الفائق ما نصه فان قلت فاذا شهد في حق شخص بأوصاف عدة ، مثل كونه شارب خمر ، وممن يعمل بالربا ، وغير ذلك ، فينبغي ان يجرح هذا الشاهد ، لانه قد أغتاب المشهود عليه ، لان الزائد على وصف من تلك الاوصاف لا يفيد شيئا لان التجريح حصل بـأحدها ، فيكون ما عداه غيبة ، وانت تقول ان الشاهد يجرح بالغيبة ، قلت ان الشاهد انما يقصد التجريح ، وأما لو علم ان التجريح يحصل ببعض تلك الاوصاف ،

وقدم على الزيادة مع علمه بالتجريح ، لزم على ما قلناه ان يجرح بذلك والله اعلم وقد شاغهت في هذه المسألة بعض الفقهاء فقال ان الشاهد يجرح بذلك وقال غيره لم يقصد الغيبة ، وانما قصد التجريح يريد فلا يجرح وهو اصوب والله اعلم

والحل بالمعارضة يكون باقامة بينة لا يمكن الجمع بينها وبين بينة الخصم ، اما اذا امكن الجمع فلا تعارض كبينة شهدت للقائم بالملك ، وأخرى شهدت للمدعى عليه بالحوز ، لان الحوز يكون عن ملك وغيره ، فيعمل بهما معاً ، ويقضى لذي بينة الملك ، ان لم تكن هناك حيازة مستوفية للشروط . ففي الموازية: (١) لو اقام رجل بينة ان هذه السلعة ملكه ، واقام الآخر بينة انه اشتراها من السوق ، كانت لذي الملك، اهـ ، لان الشراء قد يكون من غير مالك. ولهذا كانت عقود الاشرية لا تفيد الملكية . ولا تكون حجة إلّا بين المتبايعين ، هذا الذي عليه التعويل ، وصرح به ابن الحاج ، أما رد الونشريسي عليه فمنتقد ، وقد اوضح المسألة التاودي في شرح الزقاقية وحاشية الزرقاني ،

اما اذا تعارضت البينتان ، فان وجد ما يرجح احداهما ، عمل بالبينة الراجحة؛ وإلّا سقطتا . والترجيح يكون باشياء

الاول ـ ذكر سبب الملك ، فاذا شهدت احداهما بالملك والاخرى به مع بيان سبب الملك كأن تشهد بينة ان الدار ملك لزيد ، واخرى ملك لعمرو بناها بيده ، فتقدم الثانية على الاولى ، ولو كانت اعدل ، او في حوز المشهود له. وهذا اذا لم تؤرخا، او كانت الشهادة بالسبب اقدم تاريخا. فلو كانت الشاهدة بالملك

---

(١) لمحمد بن ابراهيم الاسكندري المعروف بابن المواز. تفقه بابن الماجشون وابن عبد الحكم واعتمد اصبغ. و ـ ـ تابه المعروف بالموازية من اجل الكتب المالكية ؛ ورجحه القابسي على سائر الامهات ؛ مولده في رجب سنة ١٨٠ وتوفي بدمشق سنة ٢٦٩ وقيل سنة ٢٨١

وحده ابعد ، كأن تقول كان يملكها منذ ثلاث سنين ، وتقول الاخرى بناها منذ سنتين ؛ كان تهاترا ، ويقضى بالاعدل انظر حاشية مهدي على الزقاقية صفحة ١٣١ - ولو شهدت احداهما انها ملك لزيد ، والاخرى انه بناها عمرو . فقيل بتقديم بينة الملك ، وهو اختيار الزرقاني وابن رحال والبناني والشيخ عمر الفاسي ؛ وقيل بتقديم بينة السبب . وهو ما في التوضيح واختاره مصطفى وجسوس (١) والتاودي والرهوني ، وهو الاشبه لكن تقديم ذات السبب مشروط بشرطين ، الاول ان يقولوا بناها لنفسه ، والثاني ان لا يكون منتصبا للناس ، فان انتصب لهم ، لم ينتفع بالشهادة ؛ وانما يقضى له على من شهد له بالملك بقيمة عمله ؛ بعد حلفه انه ما عمله باطلا وليس حلفه المذكور مكذبا لما ادعاه اولا قاله بناني

الثاني - زيادة العدالة ، في المال وما يئول اليه قال في المدونة قال مالك من كانت في يده دور أو عبيد أو عروض أو دراهم أو دنانير ، أو ما اشبه ذلك من الاشياء ، فادعى ذلك رجل ، واقام بينة ان ذلك له ، وأقام من ذلك بيده انه له ؛ قضي بشهادة اعدلهما ؛ وان كانت اقل عددا اهـ . فان كانت البينتان متساويتين عدالة ؛ الا ان مزكي احداهما اعدل من مزكي الاخرى ؛ لم يعتبر عند ابن القاسم ؛ وهو المشهور ، وقيدنا الترجيح بزيادة العدالة ؛ بكون المشهود فيه مالا اوءايلا اليه ؛ للاحتراز عن الشهادة بالعتق والحدود والدماء في العمد والتجريح والطلاق والنكاح ؛ فان زيادة العدالة فيها ملغاة ، كما قال الزقاق

بعتق نكاح ألغ زيد عدالة كحد طلاق مع دم جرح انجلا

---

(١) هو محمد بن قسم جسوس شيخ الجماعة في وقته. اخذ عن عمه عبد السلام جسوس والمسناوي ومحمد بن عبد القادر الفاسي وولده الطيب الفاسي والمربي بردلة وابن زكري وأخذ عنه الشيخ التاودي . له شرح على المختصر وشرح على الرسالة وشرح على الشمائل وشرح على الحكم العطائية . مولده سنة ١٠٨٩ وتوفي سنة ١١٨٢

فلو ان اربعة نفر شهد اثنان منهم انه طلق امرأته في مجلس ، وشهد اخران انه لم ينطق في مجاسه ذلك بشيء من الطلاق . ولكنه حلف بعتق غلام له سماه ، سقطت الشهادتان ، لان بعضهم كذب بعضا قاله ابن القاسم ؛ قال ، وان اختلفوا ، فقال بعضهم نشهد انه طلق امرأته فلانة ، او اعتق غلامه فلانا ، وقال الآخران نشهد أنه ما ذكر امرأته فلانة حتى تفرقنا ، او ما حلف بطلاقها ، ولكنه حلف بطلاق امرأته فلانة ، يريد امرأة اخرى. اوقالوا نشهد انه ما اعتق الذي شهد تم له بالعتاقة . ولكنه اعتق فلانا ، غلاما له ءاخر ؛ فان الشهادة تبطل ؛ وتتقض من قبول الاولين والآخرين في الطلاق والعتاق . نقله الحطاب .

الثالث ـ النقل يرجح على الاستصحاب ، فمن له دار وتوفي عنها ، فادعى ولده انها لم تزل على ملك ابيه الى الموت ، وأقام على ذلك بينة ، وادعت زوجته انه اعطاها لها في صداقها ، او اشترتها منه ، وأقامت على ذلك البينة ، فتقدم بينتها ، لانها ناقلة ، وبينة الابن مستصحبة والتحقيق ، كما قال الشيخ التسولي في حاشية الزقاقية ان لا تعارض هنا ، لان المستصحبة شهدت بنفي العلم بالخروج ؛ وذلك لا يقتضي عدم الخروج ، فلا تعارض الناقلة العالمة به ، نعم اذا قالت هذه : وقع النقل بالبيع، او الطلاق في وقت كذا ، وقالت الاخرى لم يقع بينهما بيع ولاطلاق مثلا ، في ذلك الوقت اصلا ، فيتعارضان حينئذ ، وتقدم بينة النقل قاله التسولي وانظر هل يخالف ذلك ما نقلناه عن ابن القاسم حسب نقل ابن رشد كما في الحطاب . على ان المسالة ترجع الى الاثبات والنفي

الرابع ـ الاثبات على النفي والمراد اثبات الشيء المتنازع فيه فاذا تنازعا في حوز العطية فالبينة الشاهدة به مثبتة ، والبينة الشاهدة بعدمه نافية واذا تنازعا في انه اوصى وهو تام العقل ، فالتي شهدت بالتمام مثبتة فتقدم واذا تنازعا في البيع أو الطلاق أو الضرر ، فالبينة الشاهدة بها ، مقدمة على النافية لها.

واذا تعارضت بينتا تعديل وتجريح ؛ قدمت بينة الجرح لانها اطلعت على ما لم تطلع عليه الاخرى واذا شهدت بينة ان المحبس لم يخرج عنه الحبس الى ان توفى وهو بيده ، وشهدت اخرى ان المحبس عليه حازه . فقال في المعيار : اختلف صحابنا في ذلك . فقيل ينظر الى اعدل البينتين ويقضى بها ، وقيل ينظر ان كان الحبس بيد المحبس عليهم وقت الدعوى فالحبس نافذ ، وقيل شهادة من شهد بالحوز اولى بالقبول والجواز ، اذا كانت عدلة ، وان كانت الاخرى اعدل، لان شهادة الحيازة تثمر حكما ، وتوجب حقا ، وشهادة الذين لم يشهدوا بالحيازة ينفون ذلك ومن اثبت شيئا اولى ممن نفاه هذا الذي تقرر عليه مذهب مالك واصحابه ، وبه قال حذاقهم ، وبه اقول، اه ،

الخامس ـ الاصالة على الفرعية يدخل تحت هذا العنوان بينتا الصحة والمرض ، وبينتا الطوع والاكراه ، وبينتا الصحة والفساد ، وبينتا الرشد والسفه ، والعسر واليسر ، والعدالة والجرحة ، والحرية والرق ، والكفاءة وعدمها ، والبلوغ وعدمه فتقدم بينة الاكراه والصحة والسفه واليسر والجرحة والكفاءة والحرية والبلوغ على اضدادها وانما قدمت بينة الاكراه والسفه والبلوغ لانها ناقلة ، وان كانت اضدادها اصولا وقدمت بينة اليسر لان الاغلب التكسب ، وان كان الاصل الفقر ؛ ولان بينة العسر تشهد بنفي العلم وتعتمد على قرائن ظنية ، بخلاف بينة اليسر ،

فلو شهدت بينة بنكاحه صحيحاً ؛ وبينة به مريضاً مرض المنع ، قدمت بينة الصحة وقيل بتقديم بينة المرض ، وقيل ترجح التي هي اعدل قاله ابن عرفة واذا شهدت بينة بأنه تبرع في حال صحة بدنه . والاخرى في مرضه المخوف : قدمت بينة الصحة ، ويكون التبرع نافذا ان حيز وليس من هذا اذا شهدت بينة بأن المرأة ما زالت على عقلها الى الان ؛ وشهدت اخرى انه طرأ

اختلال عقلها نحو عشرة اشهر ، فان بينة الاختلال تقدم ، لانها مثبتة وناقلة ، والاخرى نافية ومستصحبة فلا يلزم ما عقدته من بيع او غيره في هذه المدة. قاله المهدي في حاشية الزقاقية صفحة ١٣٥ .

السادس والسابع التاريخ، وسبقه، فتقدم المؤرخة على المطلقة . والاقدم تاريخا على الاحدث، فلو ادعى المرأة رجلان ، وأنكرتهما ، او احداهما ، وأقام كل البينة ، فسخ، فلو ارخت احداهما برمضان ، والاخرى بيوم منه ، قضي بذات اليوم ، الا ان تقطع الاخرى ان النكاح كان قبل ذلك اليوم ، فترجح لانها اقدم تاريخا، ووجه ذلك ان المشهود فيه ثبت للاقدم ، والاصل الاستصحاب ، وما اثبتته البينة الاخرى محتمل، لمارضة هذه البينة له؛ فتساقطتا فيما تعارضتا فيه ؛ ويبقى استصحاب الحال لذات التاريخ الاقدم خاليا عن المعارض، قاله ابن عبد السلام، وترجح الاقدم تاريخا . ولو كانت الاخرى اعدل، وسواء أكان الشيء بيد احدهما ، او ايديهما ؛ او يد ثالث ؛ او لا يد،

الثامن الترجح بكمال البينة، فيقدم الشاهدان على الشاهد واليمين ؛ والشاهد والمرأتين،

التاسع الترجيح بالتفصيل، فتقدم البينة المفصلة ؛ على البينة المجملة، فاذا شهدت بينة ان ولاء بكر لزيد ؛ وقبلت على اجمالها؛لان شهودها من اهل العلم، وشهدت بينة اخرى انه لعمرو ، وأنه باشر عتقه أو جر ولاءه له بولادة أو عتق، قدمت الثانية على الاولى

واذا لم يوجد مرجح لاحدى البينتين على الاخرى ، فإن كانت الشهادتان فيما لا يعلم اصله ؛ بقي الشيء بيد حائزه من المتداعيين مع يمينه ، على المشهور وان كانتا فيما عرف اصله ، ككونه بالارث عن فلان ، وأقام كل البينة انه وارثه فلا يختص به الحائز ، ويقسم بينهما ؛ ولو أقام احدهما

انه وارث فلان وحده ؛ وأخذ المال ثم أقام ءاخر بينة كذلك ، فهو بينهما ، قاله في المدونة انظر شرح الفاسي للزقاقية ،

واذا كان المدعى فيه بأيديهما معاً ، أو لا يد عليه لاحد ، وتنازعاه وتكافأت بينتاهما ، قسم بينهما على حسب دعواهما كالعول ، مع ايمانهما

واذا كان المنازع فيه بيد ثالث ، وسقطت البينتان ، فإن أقر به لواحد منهما فهو للمقر له بيمينه ، وان أقر به لغيرهما ، او لم يدعه لاحد ، فهو بينهما ، ولا يعتبر قوله ولا سكوته وان ادعاه لنفسه، فهو له بيمينه . قاله الزرقاني

والاعذار للخصم قبل الحكم واجب والحكم بدونه باطل عند اهل المذهب . وينقض اذا ثبت عدم الاعذار ببينة ، او باقرار الخصمين والقاضي اما لو ادعى المحكوم عليه عدم الاعذار ، فلا يتعقب الحكم عند مطرف وابن الماجشون ، وعند غيرهما يستأنف الاعذار ، فان أبدى مطعناً نقض ، وإلّا فلا . قاله الزرقاني. وقيد الزرقاني وجوب الاعذار بما اذا ظن القاضي جهل من يريد الحكم عليه بأن له الطعن او ضعفه عنه ، وإلّا لم يجب ، بل يحكم ، ان لم يطلب الخصم القدح اهـ قلت وما نقله الزرقاني عن مطرف وابن الماجشون ، هو الذي به العمل التونسي ، ففي اواخر قضاء البرنامج لعظوم ما نصه واذا انكر محكوم عليه وقوع الحكم ، وادعاه الحاكم، صدق المحكوم عليه ؛ إلّا ببينة على الحكم ؛ بخلاف اختلافهما في وجود السبب ؛ كأقرار الخصم قلت وفي معناه تأجيله والاعذار اليه وحاصله وجود سبب الحكم وشرطه وانتفاء مانعه ، مصدّق فيه ؛ فالقول في وجوده وعدمه قوله ، لا قول المحكوم عليه . وقال اصبغ في الواضحة: ان انكر المحكوم عليه ان يكون خاصم عند القاضي وأعذر اليه فحكم عليه ؛ قُبل قول القاضي بأنه فعل ابن ناجي في الثالثة عشر من اقضية كبيرة وقع في

احكامي بالقيروان مثل هذه المسألة ؛ وأفتى شيخنا الزعبي (١) بأن قولي مقبول عليه، عملاً بقول اصبغ ، اه ،

والاعذار بشاهد ، واجب ، وبعدلين ، مستحب واذا أعذر القاضي بأبقيت لك حجة . فقال لا ؛ فحكم عليه ؛ ثم جاء بحجة ؛ وزعم انه لم يكن اعذر اليه ؛ فاستظهر المحكوم له بشهادة عدلين على الاعذار . فقال المحكوم عليه ، اعذر لي فيهما ؛ لم يجبه القاضي الى ذلك ؛ اذا كان وجههما لغائب عن مجلس الحكم ؛ كالمريض والمسجون ، لان القاضي أقامهما مقام نفسه . ومثلهما كل من وجهه بالنيابة عنه ، كتوجيه الشهود للحيازة ، اي بيان حدود العقار ، وتوجيههما لحضور اليمين ؛ أو لحضور تطليق المرأة وأخذها بشرطها واما اذا كان شهيدا الاعذار شهدا على الأعذار للخصم الحاضر مجلس الحكم ، فان ادياها في ذلك المجلس ، فلا اعذار فيهما ، وإلّا اعذر ، اي مكن من الطعن فيهما قاله ابن سهل ، واختلف في الاعذار ؛ هل هو بسيط او مركب ؛ والاول مذهب الاقدمين وظاهر المدونة والمختصر والشامل وابن عرفة ، حيث عرفه بقوله « سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه » وهو اختيار بعض حذاق الشيوخ من التونسيين وعليه فيكون اعطاء النسخة للاعذار ، والتأجيل لذلك وسيلة له ، ووسيلة الواجب واجبة ، وقيل هو مركب من قول ؛ وهو أبقيت لك حجة ؛ وفعل ، وهو اعطاء النسخة والتأجيل ؛ وهو مذهب المتأخرين. ورده اولئك الشيوخ الحذاق بأن الاعذار مجمع على اعتباره في كل نازلة ؛ وأما اخذ النسخة فغير متفق عليه في كل نازلة ، ولا يقول به احد في كل شيء ؛ فلو كان جزءا من اجزاء الاعذار لزم ان يكون مجمعا على اعتباره في كل نازلة ،

---

(١) هو ابو يوسف يعقوب بن ابي القاسم الزعبي التونسي. قاضي الجماعة بتونس بعد الغبريني. من اكابر اصحاب ابن عرفة . توفي سنة ٨٣٣

اذ المركب لا يتحقق إلّا بتحقق جميع اجزائه، اه، وقد تحصل ان اعطاء النسخة للاعذار اما وسيلة اوجزء شرط لايتم الاعذار بدونه، وقد ذكر المسألة الشيخ قاسم عظوم في اجوبته، قاله ابن الطاهر في حاشيته واذا طلب المشهود عليه الاعذار في شهود البينة، اجابه القاضي اليه، ولا يتوقف ذلك على حضور المشهود له، قاله ابن القاسم وأصبغ، وقال هذا محض القضاء، قال ابن رشد وهذا مما لا اختلاف فيه ؛ لان من حق المشهود عليه ان يعرض عليه ما شهد له به، ويعذر اليه فيه، ولا حق للمشهود له في ان يكون ذلك بحضرته؛ كما انه لا حق للمشهود عليه ان يشهد الشهود بحضرته، اه، من التبصرة صفحة ١٣٩ من الجزء الاول .

المبحث السادس في العقلة

اذا طلب المدعي عقلة الشيء المتنازع فيه، فان لم يكن له إلّا مجرد الدعوى لم يجب مطلبه على المذهب، وهو ما به العمل عندنا، وجرى عمل فاس بالتوقيف بمجرد الدعوى، واذا أقام البينة على ما يدعي، أجيب الى ذلك والعقلة نوعان، عقلة حيلولة، اي انتزاع الشيء من يد المشهود عليه، ووضعه تحت يد امين، وعقلة عدم تفويت وعدم تغيير للمدعى فيه، واشتهر في عرف العامة التعبير عنها بالعقلة التحفظية، فاما عقلة الحيلولة، فتكون بشهادة عدلين بالملكية، اذا بقي للتحكم بشهادتهما الاعذار فيهما، وتكون بشهادة مجهولين احتاجا الى التزكية، وقول التحفة « وحيثما يكون حال البينة » البيتين، معترض، مخالف لكلام ابن الحاجب (١) وخليل وابن عرفة، واختلف في

(١) هو ابو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن ابي بكر يونس المعروف بابن الحاجب المصري ثم الدمشقي ثم الاسكندري. من اكابر العلماء البارزين في فنون كثيرة. اخذ عنه الشهاب القرافي وابن المنير وناصر الدين الابياري والزواوي - وهو اول من ادخل مختصره الفرعي لبجاية ومنها انتشر بالمغرب - له تاليف كثيرة في الفقه والاصول والعلوم اللسانية ؛ من

شهادة العدل الواحد بالاستحقاق ، فقال سحنون توجب شهادته عقلة الحيلولة ، وقال ابن القاسم بنفيها ، وجعل ابن العطار (١) في وثائقه قول سحنون مقابلا لما صدّر به من ترتيب حيلولة عدم التفويت بشهادته ، ونصه باختصار لا تجب العقلة بشاهد واحد ، ولكنه يمنع المطلوب ان يحدث في العقار بناء او بيعاً او شبه ذلك ، بالعقل ، ولا يخرج من يده ، وقال سحنون وان أقام المدعي شاهداً عدلا لا عقل عليه، اهـ، واذا عقل المتنازع فيه عقلة حيلولة ، فما له غلة كالبساتين ، وما له خراج كالحوانيت ودور الكراء ، فحيلولته برفع يد المتصرف فيه ووضعه تحت يد أمين، يجمع ما تحصل من بيع غلته او من كرائه، ويبقيه تحت يده ، الى ان يقع الحكم ، فيدفعه لمستحقه وما ليس له غلة كدور السكنى ؛ المرادة لها لا للكراء ، فعقلتها باخلائها من امتعة المتصرف فيها . واما الارض فقال ابن زرب (٢) عقلتها بمنع حرثها وزراعتها ، وهو الذي نظمه صاحب التحفة والزقاق ؛ وقال عيسى بن ايوب تزريع الارض وكراؤها من النظر للفريقين ؛ وتوقيفها ومنعها من ذلك ضرر ؛ نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم ، لما فيه من اضاعة المال وقال اصبغ بن سعيد الذي اقول به ان الارض تكرى مما يعمرها على ما يجوز من الكراء ، ولا تعطى لمن يزرعها من قبل نفسه على المساهمة نقله الشريف في حواشي الزقاقية، قلت شاهدنا الحكام

(تابع هامش صفحة ٧٥)

اشهرها مختصره الفرعي ونهاية السول ومختصره الاصلي وشرح المفصل والامالي. مولده سنة ٥٧٠ ووفاته بالاسكندرية سنة ٦٤٦

(١) هو محمد بن احمد المعروف بابن العطار الاندلسي الفقيه العارف بالشروط والاحكام ، كتاب في الوثائق عليه المعول. وله رحلة اجتمع فيها بابن ابي زيد القيرواني مولده سنة ٣٣٠ وتوفي سنة ٣٩٩

(٢) هو ابو بكر محمد بن بقي بن زرب القرطبي ، قاضي الجماعة بقرطبة ، تفقه به ابن الحذاء وابن مغيث. مولده سنة ٣١٧ وتولى القضاء سنة ٣٦٧ وتوفي وهو يتولاه في رمضان سنة ٣٨١

يجرون اليوم في الارضين على ما لاصبغ بن سعيد ، وهو الذي فعلناه . وبلغنا ان غيرنا ممن تقدمنا ينتحيه ثم ان كان المتنازع فيه جميع الاصل ، وقف الكراء كله ، وان كان في حصة منه فقط ، وقف ما فيه النزاع وما لا نزاع فيه ؛ على الراجح ، ووقف ما فيه النزاع فقط . على ما اختاره غير واحد من المتأخرين؛ وهو الذي انتحاه القضاة اليوم .

واما عقلة عدم التفويت والتغيير . فتكون بشهادة العدل الواحد . او المرجو العدالة . اوالشهود غير العدول . فيعقل المتنازع فيه بمعنى انه يمنع من بيده من تفويته ببيع او هبة او غير ذلك من المفوتات . ويمنع من تحويله عما هو عليه باحداث بناء فيه او هدم له او غرس او قلع . ويبقى بيد حائزه .

المبحث السابع في التعجيز

اذا انتهى الاجل المضروب لاحضار البينة بالنسبة للقائم. اوللطعن فيها بالنسبة للمطلوب ، ولم يدل المؤجل بما تأجل عليه. فان القاضي يحكم بتعجيز المؤجل؛ طالبا كان او مطلوباً . وفائدة الحكم بالتعجيز ، أما على القائم . فعدم سماع ما يأتي به من البينات على اثبات دعواه . واما على المطلوب . فعدم سماع قدحه في بينة المدعي . ومن هنا لزم الاعتناء بالتأجيل على اقامة البينات أو الاعذار فيها . وينبغي ان يتنبه الى ان ابتداء الاجل يحسب من غد يوم التأجيل . ولكون التعجيز يقطع حجة المعجّز ، وجب ان لا يقع التعجيز في الحقوق التي اذا ثبتت لا يجوز اسقاطها . وهي التي جمعها صاحب التحفة في قوله

إلا ادعاء حبس او طلاق ❊ او نسب او دم او عتاق

فاذا ادعى قائم ان هذه الدار وقف على الفقراء او طلبة العلم؛ وعجز عن اثباته. ثم اثبته قُبل . بخلاف الوقف على معين كزيد فانه اذا عجز عن اثباته يمضي عليه التعجيز . قاله التاودي لكن قال التسولي في حواشي الزقاقية:

قد يقال هذا داخل في الضابط المتقدم ، اذ الحبس حق لله ، فليس للمحبس عليه، بعد قبوله ، اسقاطه وبيعه مثلا ، فلا تعجيز فيه ، وكل من عبر بالحبس ، اطلق فيه ، ولم يقيده الزرقاني ولا غيره ممن وقفت عليه . اهـ. ويؤيد ما للتسولي؛ ما في شرح ابن مرزوق على المختصر في مبحث التعجيز ، ونصه: وأما الحبس على معين ، ففيه نظر ، إلّا ان يقال ، فيه حق لله في امتناع بيعه ونحو ذلك. اهـ. والعمل عندنا على عدم التعجيز مطلقا . لان غالب الاحباس على محصور غير معين؛ كأولاده ثم اولاد اولاده ، ولحق المرجع، وعدم التعجيز في الوقف انما هو في اثباته ، اما ادعاء نفيه ففيه التعجيز ،واذا ادعت المرأة على زوجها الطلاق ، وعجزت عن اثباته ، ثم اثبتته قبلت بينتها ، ولو صدر الحكم باستمرار الزوجية بينهما وبقائها في العصمة ، بخلاف الزوج ينكر الطلاق ؛ فتثبته بينة . فيعجز عن القدح فيها ، فيحكم عليه بالطلاق والتعجيز ، ثم يجد القادح، فلا تسمع بينته ، ويمضي عليه التعجيز ، واذا ادعى الرجل انه ابن لفلان ، وأنكره بقية الورثة ، فعجز عن الاثبات ثم اثبته ببينة ، قبلت بينته ، ولو وقع الحكم عليه بانتفاء النسب ، واذا اراد القاتل تجريح من شهد عليه بالقتل ، فعجز، فحكم القاضي عليه بالقتل ، ثم وجد من يجرح البينة الشاهدة عليه بالقتل فانها تسمع منه ، ولا يعمل بتعجيزه ، لخطر الدماء ، بهذا صور ابن مرزوق، لكن قال الشيخ بناني محله اذا اتى بها قبل استيفاء الحكم ، اما ان قام ورثة المدعى عليه بعد قتله بما يجرح بينة المدعي ؛ فالظاهر ان ذلك لا يسمع منه. اهـ. فان ادعى ولي القتيل القتل على انسان ، وعجز عن اثباته ، فانه يعجز ، لعدم اندراجه تحت الضابط، اذ لمدعي القتل اسقاطه بعد ثبوته ، بالعفو عن القاتل مجانا، او بعوض ، واذا ادعى العبد على سيده الاعتاق ، وعجز عن الاثبات، ثم شهد له عدلان به ، اعتق العبد ،

وكتب التعجيز والاشهاد عليه . حق على القاضي . قاله في المفيد وابن هارون في اختصار المتيطية . واستظهر التاودي في شرح الزقاقية انه حق للحاكم والمحكوم له معاً . لما فيه من قطع الشغب وحسم تطويل الدعاوي . والمعتمد في تصويره قول اللقاني (١) الحكم بعدم قبول بينة يأتي بها . وأنه زائد على الحكم بالحق . لاعينه . وذلك ان الحاكم يفعل ثلاثة اشياء اولها الاعذار . وهو سؤال الحاكم من توجه عليه موجب الحكم أبقيت لك حجة . وفائدته استقصاء الحجج . الثاني الحكم . وهو الزام الحق . أو ابطاله . وفائدته قطع النزاع . الثالث التعجيز . وفائدته عدم سماع ما يدلي به من البينات بعد . ولا ينبغي ان يغتر في هذا المقام بكلام الشيخ التسولي في شرح التحفة ؛ مما خالف ما ذكرناه ؛ فان فيه تخليطاً . وقد تكفل بالرد عليه . وأحسن ؛ مهدي في حاشية التحفة .

ولا يلزم في التعجيز التصريح بهذه المادة ؛ بل لو قال حكمت بعدم سماع ما يأتي من الحجج في القضية . لكان تعجيزاً . والعمل جار على عدم قبول البينة بعد التعجيز . سواء اعترف بالعجز او أنكره . وان جرى خلاف في أولى الصورتين ؛ فقيل بالقبول : وقيل بالرد ؛ وقيل تسمع من الطالب دون المطلوب . وهي التي حكاها الزقاق في لاميته بقوله :

وان قام ذو التعجيز بعد بحجة   وقد كان ينفي العجز فاردد وأبطلا

---

(١) هو محمد بن حسن اللقاني الملقب بناصر الدين اما اخوه فهو الملقب بشمس الدين . وكل منهما حافظ للمذهب محقق. فالشيخ شمس الدين مولده سنة ٨٥٧ وتوفي سنة ٩٣٥ . وناصر الدين مولده سنة ٨٧٣ وتوفي سنة ٩٨٥ . وشمس الدين له طرر محررة على المختصر . وناصر الدين انفرد بالرئاسة بعد موت اخيه . وله طرر على التوضيح وحاشية على شرح المحلي لجمع الجوامع وحاشية على شرح السعد للعقائد اما الشيخ ابراهيم اللقاني فهو من شيوخهما وكان قاضي القضاة بمصر . مولده سنة ٨١٠ وتوفي سنة ٨٨٩

وان كان قد القى السلاح فهل كذا　　نعـم لا ولا ان كان مطلوبـا انجلا

واختلف هل يعجز الوصي في حق منظوره　وذكر المتيـطي في ذلك قولين من غير ترجيح . وفي احكام ابن بطال (١)　الذي به العمل إعماله؛ وأنه تعجيز للمحجور . قال عظوم في برنامجه　ان اراد تعجيزه باعترافـه بالعجز ؛ ففيه إشكال ؛ لانه اقرار في حق المحجور ؛ وان اراد بتعجيزه الحكم عليه بالعجز ونفود الحجة ؛ فواضح لا اشكال فيه .



(١) هو سليمان بن محمد بن بطال بن ايوب البَطَلْيوسي . اخذ عنه ابن عبد البر وابن الحذاء له كتاب المقنع في اصول الاحكام ؛ من الكتب المعتمدة ؛ وكتاب الدليل الى طاعة الجليل . توفي سنة سنة ٤٠٢

الباب الثاني في مستند الحكم

وهو اما يمين او اقرار او ابراء او اسقاط او التزام او شهادة فانحصر الكلام فيه في ستة فصول

الفصل الاول

في اليمين وفيه مباحث

المبحث الاول في صيغتها

اليمين في مقاطع الحقوق صيغتها بالله الذي لا اله إلّا هو . فلو اقتصر الحالف على اسم الجلالة ؛ أو على قوله بالذي لا اله إلّا هو ؛ لم يكف ذلك على المذهب ؛ حتى يجمع بينهما ؛ خلافاً للخمي . انظر شرح التاودي للتحفة عند قولها « وبالله يكون الحلف » فلو توجهت للرجل قبل خصمه يمين ؛ فأمره ان يحلف له بالطلاق ؛ فحلف له به ؛ ثم رجع فقال لا أكتفي بها ؛ فله ذلك أن قام بالفور . وان قام بعد الطول فلا مقال له . قاله ابن سهل ؛ واشار اليه الزقاق في لاميته بقوله :

كجمع الدعاوي في يمين سوى التي ❊ ترد ومن يحلف بلا من له العلا
اعاد بقرب . . .

ولو حلف بيمين تشمل اليمين بالله ـ كالايمان اللازمة ـ لا تكفيه يمينه ـ

ولا بد من اعادتها . قاله ابن عرفة . ونقله الوانوغي . وذكر كلام ابن عرفة صاحب المعيار ءاخر نوازل الدعاوي .

وتكون اليمين على البت ، ان ادعى لنفسه أو لموروثه شيئا ؛ أو نفى عن نفسه . وتكون على نفي العلم ، ان نفى عن غيره ، كما قال في التحفة « ومثبت لنفسه...» البيتين .

المبحث الثاني في الكيفية التي يكون عليها الحالف عند اليمين

يلزم اذا كان الحق ربع دينار فأكثر ، الاتيان باليمين من قيام ، وأن يكون الحالف مستقبل القبلة ، على ما جرى به العمل. والخلاف في المسألتين مروي . قال في العمل المطلق (١)

وغلظت فيما له بال على ❋ من وجبت فقائماً مستقبلا

المبحث الثالث في مكانها

يحلف من توجهت عليه اليمين في أقل من ربع دينار : في مكانه . ويلزم ان يكون الحلف في ذي البال ؛ وهو ربع دينار فأكثر بالجامع . فان أبى ان يحلف فيه ؛ عدّ ناكلا . فان سأل المحلوف له مسجداً ءاخر يعظمونه ؛ اجيب الى مطلبه . قاله ابن ناجي ، وبه العمل ، كما في حاشية ابن الطاهر . ونظمه صاحب العمل المطلق فقال

وعند ما تغلظ اليمين في ❋ ربع دينار مكانُ الحلف
المسجد الجامع هو الاعظمِ ❋ ما لم يكن في بلد يعظمِ
فيه سواه من مساجدهم ❋ فان في هذا يكون القسم

ولو طلب الخصم تحليفه على المصحف ، أو سورة براءة ، أو قد سمع ، أو

---

(١) معنى العمل المطلق : العمل الذي لم يتقيد بخصوص بلد . ولذلك يذكر ما جرى به العمل في فاس او في الاندلس او في تونس . وناظم ذلك هو الشيخ محمد بن ابي القاسم بن محمد بن عبد الجلالي القلالي السجلماسي . ووضع عليه شرحا اتمه في ١٢ جمادي الثانية سنة ١١٩٦

اضرحة الصالحين اجيب الى ذلك ، على ما افتى به جمع من المتأخرين لان المقصود من اليمين هو الارهاب ، أما لو طلب تحليفه بالطلاق فلا ينبغي ان يجاب اليه ، ولا يعتمد ما ذكره الزرقاني هنا ، انظر حاشية مهدي على التحفة .

ويكون الحلف في اعظم المواضع في المسجد ، وهو ما بين المنبر والمحراب. قال ابن الناظم (١) وأكثر موثقي الزمان يحلّفون حيث تأتّى لهم ، ولا أعلم مستندهم ؛ والغالب على الظن انه جهل منهم بالفقه ، اه ، قلت وقد شاهدنا الحلف في الجوامع يكون عند المصحف الموضوع بوسطها ، وما رأينا الحلف بين المنبر والمحراب اصلا . وهو جار على قول المدونة : ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر ؛ إلّا منبر النبيء صلى الله عليه وسلم ، في ربع دينار ، قال ابو ابراهيم (٢) فيه اشارة الى ان الجامع كله سواء وهي رواية في المذهب، اه . وقال ابن عبد السلام ظاهره ان الجامع كله سواء ، وهي رواية في المذهب إلّا منبر مسجد المدينة ، ومنهم من تأوله ، اه ، اي بجعل عند ؛ بمعنى على ؛ اي فيحلف على منبر المدينة ، لان له حرمة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على منبري ءاثماً فليتبوأ مقعده من النار بخلاف منابر سائر المساجد ؛ فان الحالف يحلف عندها ، لا عليها ، لان الحرمة لموضعها ، لا لها ، كما لو ازيلت عنه لاصلاح ، فلا يحلف إلّا في موضعه ، بخلاف منبر النبي صلى الله عليهوسلم،

---

(١) هو ابو يحيي محمد بن أبي بكر محمد بن عاصم العالم البليغ المفوه تولى وظائف كثيرة منها القضاء والكتابة والوزارة والامامة والخطابة . له من المؤلفات شرح تحفة الحكام لوالده والروض الاريض في تراجم ذوي السيوف والاقلام والقريض وذيل الاحاطة وجنة الرضا في التسليم لما قدر به الله وقضى. وساق جلة من عيونه المقري في ازهار الرياض كان بالحياة سنة ٨٥٧ وتوفي على ما قيل ؛ ذبيحا من جهة السلطان

(٢) هو اسحاق بن ابراهيم التجيبي اخذ عن ابن لبابة وأسلم بن خالد وبهما تفقه . توفي بطليطلة سنة ٣٥٢ وقيل سنة ٣٥٤ وسنة خمس وتسعون سنة .

فلا يكون الحلف إلّا عليه اينما حل قاله ابن رشد في كتاب الاقضية الاول من سماع اشهب من كتاب الهبات والصدقات من العتبية .

واذا لم يكن للخصوم جامع ، جلب من توجهت عليه اليمين الى الجامع الذي على قدر مسافة الجمعة من منازلهم . لان لهم جامعاً حكماً . فان كان الجامع على مسافة لا تجب معها الجمعة ، حلف حيث هو

ولو ادعى من توجهت عليه اليمين ، عجزه عن الخروج للجامع ، لمرض فحكى ابن عرفة في المسألة اربعة اقوال . قال ابن بقي ان ثبت ذلك ببينة ؛ حلف ببيته ، وإلّا خرج . وقال ابن حارث ان ثبت ذلك ببينة . حلف ببيته وإلّا حلف لا يقدر على الخروج ، لا راجلا ولا راكبا ؛ وخيّر المدعي في تحليفه ببيته ؛ وتأخيره لصحته ؛ فان نكل لزمه الخروج ، أو رد اليمين . وقال ابن لبابة ان ثبت مرضه ، حلف ببيته على المصحف ، وإلّا حلف على عجزه . وخيّر المدعي في الامرين وقال ابن زرب يختبره القاضي يبعث له شاهدين . وأنكر هذا القول محمد بن ميسرة . وقد اشار الزقاق الى هذه المسألة بقوله :

ومن عجزه عن مسجد يدعي فهل ❁ يحلف في بيت اذا عجزه انجلى
وإلّا فأخرج أم يخير مدع ❁ ببيت وتأخير ان اقسم او لا
والا فأخرج او يمينا بمصحف ❁ والا فحلف ثم خير بما خلا
(اي مضى وتقدم)

ولا تكفي اليمين في مقاطع الحقوق . اذا حلفها في الجامع بغير حضرة الخصم؛ ولو حضر اليمين عدلان . ويلزمه ان يعيدها بحضرته . إلّا اذا تغيب المحلوف له بعد الحكم له بها ؛ وأقام القاضي له وكيلا يقتضيها فلا حجة له حينئذ ؛ وتكفي الخصم . اليمين بمحضر الوكيل المقام . ولو طلب احد الخصمين تعجيل اليمين . وطلب الآخر تأخيرها ؛ فالقول لطالب التعجيل .

والمراة مثل الرجل ، في حلفها في الجامع ، اذا كانت تخرج في مصالحها نهاراً . فتخرج لليمين التي تغلظ نهاراً اما التي لا تخرج إلا ليلا ، فتخرج لليمين ليلا ، طالبة كانت او مطلوبة ، وتحلف بحضرة الخصم ؛ فان ابت هي او زوجها من حضوره ؛ خشية الاطلاع عليها ؛ فانه يبعد عنها اقصى المسجد ، بقدر ما يسمع لفظ يمينها ، قاله ابن عبد السلام . انظر التسولي وحاشية ابن الطاهر . والتي لاتخرج نهاراً ولا ليلا ، يبعث اليها القاضي شاهدين ؛ يشهدان على يمينها ان كانت مطلوبة فان كانت طالبة خرجت ليلا ، قاله التاودي ، واذا حلفت المرأة ببيتها ، فلا يقضى للخصم بحضوره مع الشاهدين ، على ما للزرقاني ، تبعاً للاجهوري ، وجعله ابن عرفة ظاهر المدونة ،ويقضى بحضوره ، ويبعد عنها اقصى ما يسمع صوتها ولا يرى شخصها ، كما في شهادات البرزلي ونقله الحطاب في القضاء ،وهو الذي ينبغي اعتماده.

واذا وقع التنازع في خروجها ، فعليها الاثبات انها من اهل الحجاب : وأنها ممن يحلف ليلا . كما في التبصرة صفحة ٧٨ عن المتيطية . قاله التسولي. ويكتب في حجة اليمين ثبت عند القاضي فلان ان فلانة من اهل الحجاب ؛ وممن يجب ان تحلف ليلا ؛ وأن القائم باليمين عليها ممن يعرف ذلك. نقله ابن الطاهر.

واذا وجبت اليمين لورثة رشداء ، فحلف الحالف بأمر القاضي ؛ لم يكن لبقية الورثة ان يحلفوه ثانية ؛ لان اليمين اذا كانت بأمر الحاكم ، كان حكما مضى؛ وان كان بغير امره ؛ فكل من قام منهم يحلفه. قاله في مختصر المتيطية، ونحوه لابي بكر بن عبد الرحمن (١) وغيره من الموثقين ؛ وبه الحكم . وللشيخ ابن ابي زيد : ان لمن غاب منهم ان يحلفه ، وان كانت اليمين بأمر الحاكم .

---

(١) هو احمد بن عبد الرحمن بن عبد الله الخولاني؛ ابو بكر . من اهل القيروان وشيخ فقهائها في وقته ؛ مع صاحبه ابي عمران الفاسي تفقه عليه خلق كثير ؛ منهم ابو القاسم بن محرز وأبو اسحاق التونسي وأبو القاسم السيوري . توفي سنة ٤٣٢

ومثل ما في مختصر المتطئة ؛ لابن فرحون في تبصرته وعلى ما به العمل اقتصر الزقاق حيث قال

وإن غاب بعض من ذوي الحق يكتفي ﴿ بإحلاف بعض ان بحكم تحصلا

قال الزرقاني : واذا اقام غير من احلفه بينة ؛ عمل بها في حقه فقط ، ولو كان عالما بها حين حلّف القاضي المدعى عليه لغير مقيمها ، وعلم بذلك ؛ لان من حجته ان يقول : لم اقم بحقي وقت الحلف ، ولم يكن طلب الحلف مني.

المبحث الرابع في اقسامها

اقسام اليمين اربعة يمين تهمة ؛ ويمين قضاء ، ويمين انكار ، ويمين متممة للنصاب

فأما يمين التهمة ، فتكون في الدعوى التي لا تحقق على المدعى عليه ، وتتوجه على المتهم وغيره ، على ما جرى به العمل بتونس. قاله ابن ناجي ؛ ونقله عظوم في البرنامج ونظمه صاحب العمل المطلق فقال

وبتوجه يمين التهمة ﴿ جرى القضا من اهل افريقية
اي مطلقا وانها لا تنقلب ﴿ بقلب او نكول من بها طلب

قال شارح العمليات وانظر هل ما ذكر من عمل افريقية كان عاما عندهم، حتى في التهمة التي في دعواها معرة ، او خاصا بغيرها. وذكر العبدوسي في جواب له ؛ نقله صاحب المعيار : ان التهمة التي تلحق في دعواها معرة ، كالاتهام بالسرقة والغصب ، لا تلحق من لا تليق به ، ممن شهد فيه بالخير وإن التهمة في غير ذلك ، تلحق اليمين فيها جميع الناس ، برهم وفاجرهم ، على القول بايجاب اليمين في التهمة ، وهو المشهور من المذهب ، وبه القضاء ، وعليه العمل.

قال عظوم في برنامجه في مبحث الصداق وتوجهها مشروط بشرطين لاول ما قاله ابن ناجي ان التهمة انما تتقرر بلفظ يقتضيها كقوله اتك

فيك او اتهمك، لقوله فيها اخاف. الثاني ما قاله الشيخ ابو عبد الله المقري (١) في المسالة الثانية من القاعدة السابعة من قواعد الدعاوي والشهادات ان العداوة بين المتداعيين، تمنع توجه يمين احدهما في دعوى الآخر عليه، لانه يقصد إضراره بتوجه اليمين عليه. ونصه : اذا دفع الدعوى بعداوة؛ المشهور انه لا يحلف، لان العداوة مقتضاها الاضرار بالتحليف. وقيل يحلف لظاهر الخبر. ونحوه في تاسعة اعلام الرفاق؛ للشيخ الجد رحمه الله . اهـ.

ولا يحلف المتهم بما ضاع او سرق، حتى يحلف المدعي يمين الضياع او السرقة لقد ضاع الشيء الفلاني المدعى ضياعه. وحينئذ يحلف المدعى عليه. هذا اذا انكر المتهم ان يكون قد ضاع له شيء، وانما يريد ان يحرجه باليمين. بهذا كان يحكم ابو بكر بن زرب ويقول انها من دقيق المسائل. نقله ابن فرحون في التبصرة في الباب الثامن والعشرين وفي نوازل الدعاوي والايمان من المعيار ان ابا عمر بن المكوي (٢) سئل عن رجل اتهم رجلا بالسرقة، وقال له تحلف لي، فقال له الثاني احلف انت اني سرقتها، وأغرم قيمتها. هل يجب له ذلك. فأجاب ليس عليه يمين انه سرقها، وانما يحلف لقد سرق له هذا الذي ادعى، وأنه يتهم المطلوب بسرقته. فان احب ان يرد عليه اليمين على هذه الصفة، فذلك له قال السجلماسي والفرق بين المسألتين، ان اليمين في مسألة ابن زرب، لتحقيق التهمة التي هي سبب يمين المطلوب،

---

(١) هو محمد بن محمد بن احمد القرشي التلمساني الشهير بالمقري، قاضي الجماعه بفاس. له من المؤلفات كتاب القواعد؛ اشتمل على الف ومائتي قاعدة؛ وحاشية على مختصر ابن الحاجب الفرعي. توفي وهو يتولى القضاء سنة ٧٥٦

(٢) هو احمد بن عبد الملك الاشبيلي؛ ابو عمر المعروف بابن المكوي انتهت اليه رئاسة الفقه في الاندلس حتى صار فيها بمنزلة يحيى بن يحيى واعتلى على الفقهاء ونفذت الاحكام برأيه. توفي سنة ٤٠١

وذلك ثمرتها. واليمين في مسألة ابن المكوي، مردودة بعد وجوبها على المطلوب، وثمرتها لزوم الغرم للمطلوب. انظر حاشية مهدي على التحفة.

واذا نكل المتهم عن اليمين ، غرم بمجرد نكوله ، ولا يطلب المدعي بالحلف على ما ادعي هذا قول ابن عبد الحكم وابن حبيب.(١) وهو الذي جرى به العمل . ونقل ابو عمر بن المكوي عن مالك ان يمين التهمة لا ترد ، فان ابى المتهم ونكل عنها، حبس ابدا حتى يحلف ذكره الونشريسي في اول نوازل الدعاوي من المعيار. انظر حاشية ابن الطاهر.

ولكون النكول عن يمين التهمة موجبا للغرم ، لم تتوجه يمين التهمة على الصغير ، ولا السفيه. اما الاول فلرفع القلم عنه ، واما الثاني فلانه لو اقر لم يلزمه ما اقر به. لانه محجور عليه في المال. انظر حاشية مهدي على الزقاقية قبيل قولها كمن غاب والاقوال اربعة.

واما يمين القضاء ، وتسمى يمين الاستبراء ، فتتوجه في الدعوى على الغائب ، والميت ، واليتيم ، والمساكين ، والاحباس ، وكل وجه من وجوه البر ، وبيت المال، وعلى من استحق شيئا من الحيوان. قاله المتيطي. فمن ادعى على غائب او ميت دينا وأثبته بالبينة ، لم يقض له به إلّا بعد حلفه يمين القضاء انه ما قبض حقه ولا شيئا منه ، ولا أحال ولا اسقطه ولا سقط عن الميت بوجه من الوجوه . ولا فرق في الديون بين ان تكون موثقة برهون ، او ثابتة بحجج اصلية او بخط المدين الغائب او الميت. واذا دفع الولي الدين قبل يمين القضاء ؛ ضمن ان تعذرت يمين القابض . قاله ابن سلمون عن ابي سهل . وقاله الونشريسي في آخر شهادات المعيار .

---

(١) هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جناهمة بن عباس بن مرداس السلمي. سمع جماعة من اصحاب امام دار الهجرة ؛ ورتب في طبقة المفتين بقرطبة ؛ فأقام مع يحيى بن يحيى زعيمها . من اشهر كتبه الواضحة . توفي سنة ٢٣٨ وقيل سنة ٢٣٩

ومتى كان في الورثة محجورون ، او كانوا كلهم محجورين ، لزمت يمين القضاء ، واذا كانوا كلهم رشداء ، وأقروا بالدين ، وأرادوا الدفع بحكم حاكم ، فقيل لا تلزم اليمين رب الدين ، وهو ما في الاستغناء ، (١) وقيل بلزومها ، وهو ظاهر ما في النوادر ، وعلله بعض الشيوخ بخوف طرو وارث ءاخر او دين. وهو المشهور كما في حواشي الزقاقية ،

ولا تجمع يمين القضاء ، مع يمين تكميل النصاب ، على ما به العمل ، ولا بد من تمييزها ، قال ابن ناجي في شهادات كبيره : (٢) وكذا يمين الاستحقاق؛ لا تجمع مع يمين تكميل النصاب ، ويجوز الصلح عنها ، ولا يسوغ تركها بلا صلح في حق محجور ، كما لا يسوغ صلحه عنها قبل ان يرى عزيمة الطالب على حلفها ، وتعرف عزيمته بقرائن الاحوال ، انظر معين المفتي وبرنامج الشوارد. والصلح عنها يتوقف على اذن القاضي ، ولا يستبد المقدم بذلك ،

ولو كان الدين لميت على ميت ، لم يحلف إلا من يظن به العلم من ورثته ، قال ابن عرفة يحلف اكابر الورثة : انهم ما يعلمون ان وليهم قبضه ، .ولو كان المطلوب حياً حاضراً ؛ لم يحلفوا حتى يدعي بذلك على الميت أو عليهم ولا يحلف الاصاغر ؛ وان كبروا بعد موته ، قال ابو الحسن (٣) وانظر هل

---

(١) هو لخلف بن مسلمة بن عبد الغفور وكتاب الاستغناء في ءاداب القضاة عظيم الفائدة .

(٢) هو الشرح الكبير لمختصر المدونة المسمى التهذيب لابي سعيد خلف بن ابي القاسم الازدي المعروف بالبراذعي . من حفاظ المذهب ومن كبار اصحاب ابن ابي زيد والقابسي . اختصر المدونة اختصارا اسماه التهذيب اشتهر اشتهارا عظيما وكثر اطلاق اسم المدونة عليه وله اختصار الواضحة والتمهيد لمسائل المدونة . خرج الى صقلية فحصلت له شهرة عظيمة بها ؛ وهنالك الف غالب كتبه

(٣) هو علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي؛ يكنى ابا الحسن وعرف بالصغير مصغرا ومكبرا ؛ ويعرف ايضا بالمغربي قيدت عنه تقاييد على المدونة والتهذيب والرسالة ؛ وله فتاوى قيدها عنه تلامذته وأبرزت تأليفا وولي القضاء بفاس وكان احد اقطاب الفتوى ترد عليه الاسئلة من جميع بلاد المغرب فيحسن التوقيع عليها بطريقة مختصرة محررة. توفي سنة ٧١٩ (ك . ١٢)

الزوجة ممن يظن به العلم ، أم لا ، قال ابن ناجي الاقرب حملها على العلم لان غالب الحال انها تعرف حال زوجها ، واختار شيخنا ابو مهدي عكسه ، ولا يبعد ان يكون الخلاف فيها خلافا في حال ، يريد انه ينظر في كل نازلة بخصوصها : فان كانت الزوجة ممن لا يخفى عليها امره ، حلفت ، وإلّا فلا ، من غير خلاف ، انظر شرح التاودي على الزقاقية وحاشية مهدي عليها ،

وتسقط يمين القضاء ، اذا اوصى الميت بقضاء دينه من ثلثه ، نص عليه ابن الهندي ، واذا اوصى الميت بتصديق رب الدين ، على احد القولين كما سيأتي ، فتسقط ، واذا أقر الهالك بشيء معين ، من عرض أو غيره ، من قراض أو وديعة ، فتسقط ، بخلاف ما اذا أقر له بشيء في ذمته ، أو بما لا يعرف بعينه ؛ ثم مات ؛ فعلى الطالب اليمين

وتسقط يمين القضاء ، اذا وجبت على مسجد أو غيره من الاحباس بحيث لا تمكن ، قاله في المعيار ، انظر حاشية مهدي على الزقاقية ،

واذا توجهت يمين القضاء ، أو يمين الاستحقاق ، على محجور فان كان صغيراً ، اخرت اليمين لرشده ، وتعجل حقه ، كما قال في التحفة

وترجأ اليمين حقت للقضا ۞ لغير بالغ وحقه اقتضى

فاذا بلغ طولب بالحلف ، فان حلف ، بقي حقه بيده ، وتم له الحكم به ، وان نكل عنها ، رد الحق الى من أخذ منه ، وان كان سفيهاً كامرأة مات زوجها ولها عليه دين ؛ من صداق أو غيره ، ثابت ، ففيها اقوال ثلاثة ، الاول ما افتى به ابن عتاب وابن سهل وابن رشد وأكثر الاندلسيين انها تقبض دينها وكالئها ، وتؤخر عنها اليمين الى ان ترشّد . وحكى العبدوسي ان العمل مضى عند اكثر القضاة بتأخير اليمين الى الرشد ، وهذا الذي نظمه صاحب العمل المطلق فقال

كذا عن المحجور ايمان القضا ❋ ترجى فقبل رشده لا تقتضى

الثاني ـ سقوطها عن السفهاء ، اذ لو نكلوا عنها لم يستحق الطالب بنكولهم حقا ، ونقل هذا عياض عن معظم الاندلسيين . الثالث ـ حلفها عاجلا ، وهو ما للاصيلي (١) في ءاخرين ؛ واختاره التاودي في شرح الزقاقية ، وعليه مضى في العمليات الفاسية حيث قال

ويحلف السفيه والمحجور ❋ في كل ما يأخذ لا يضير

فان نكل ، قضي له بحقه ، وأخرت عنه الى رشده ؛ فان حلف حينئذ ، استمر قبضه ، وإلا رد ما أخذ ، فهو يحلفها الآن لئلا يضيع حق الخصم باستمراره في السفه طول عمره ، قاله التسولي في شرح قولها « والبالغ السفيه بان حقه » البيت ،

واذا اوصى الميت باسقاطها وأن يصدق صاحب الحق بدونها ، فأفتى ابن الحاج انه يعمل بوصيته ، ونسبه لابن القاسم ، وقال غيره ان الحق لغير الميت ، فلا تسقط اليمين ، واذا كان الحق على ميت أو غائب ؛ وكان رب الدين اشترط انه مصدق في عدم قبض حقه ؛ فذكر ابن ناجي في شرح المدونة ان العمل على اعمال الشرط مطلقا ، فلا يمين ، نقله التسولي في حاشية الزقاقية صفحة ٩٨ ؛ وفي شرح التحفة عند قولها « وللتي بها القضا وجوب » وقال بعضهم ذلك جائز في البيع وما اشبهه ، بخلاف القرض فلا يجوز ؛ لانه سلف جر نفعاً ، وقال بعضهم لا ينتفع باشتراط اسقاط هذه اليمين ، إلّا العدل المبرز ، وحكى في التوضيح في البائع بثمن الى اجل ، يشتَرط في عقد البيع انه مصدق في عدم قبض الثمن هل يوَفَّى له بذلك أو لا أو يوفى للمتورعين

---

(١) هو القاضي ابو محمد عبد الله بن ابراهيم الاصيلي رئيس علماء الاندلس تفقه باللؤلؤي وأبي ابراهيم ابن مسرة ، ورحل فسمع من الابياني وابن ابي زيد وابن شعبان وابي طاهر البغدادي توفي سنة ٣٩٢

عن الايمان من اهل الفضل دون غيرهم . على ثلاثة اقوال ، قال في التوضيح ، والصحيح الجواز ؛ لانه شرط ينشأ عنه توثق ؛ فكان كالرهن والحميل. قال التاودي: وعلى التصديق ؛ لو مات صاحب الحق لم يورث ذلك عنه . لانه انما رضي بأمانته ، واستظهر الشدادي (١) انه لو مات المدين لم يلزم الورثة شرط التصديق ، لان من حجتهم ان يقولوا لا يلزم ان رضي موروثنا بتصديقك وحسن اعتقاده فيك ، ان نرضى نحن منك بذلك ،

واما يمين الانكار . فهي اليمين لرد دعوى مالية محققة ، اذا عجز المدعي عن الاستظهار بالبينة ولا يشترط في توجهها ثبوت الخلطة بين المتداعين ، على ما جرى به العمل ، ففي شرح ابن ناجي على الرسالة عند قولها « ولا يمين حتى تثبت الخلطة » ما نصه ما ذكره الشيخ هو المشهور ، وقال ابن نافع (٢) لا تشترط الخلطة ، حكاه ابن زرقون ، (٣) ولم يحفظه اكثر شيوخ المذهب كابن

---

(١) هو احمد بن محمد الشدادي الفاسي اخذ عن محمد بن عبد القادر الفاسي . وتولى قضاء فاس والامامة والخطابة بجامع القرويين. له فتاوى كثيرة وشرح على لامية الزقاق وتقييد على تحفة ابن عاصم توفي سنة ١١٤٦

(٢) هو عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم المعروف بالصائغ روى عن مالك وتفقه به. وهو الذي سمع منه سحنون وسمع منه كبار اتباع اصحاب مالك وهو الذي سماعه مقرون بسماع اشهب في العتبية توفي بالمدينة سنة ١٨٦ ـ وهناك من اصحاب مالك عبد الله بن نافع الاصغر الزبيري روى عنه عبد الملك بن حبيب وغيره وهو اصغر من ابن نافع الصائغ خرج عنه مسلم وتوفي سنة ٢١٦

(٣) هو محمد بن سعيد بن احمد بن سعيد؛ يعرف بابن زرقون. الانصاري من اهل اشبيلية. اخذ عن عياض ولازمه. ولي قضاء شلب وقضاء سبتة. له كتاب الانوار في الجمع بين المنتقى والاستذكار. مولده سنة ٥٠٢ وتوفي باشبيلة سنة ٥٨٦ وله حفيد اسمه محمد بن عبد الله بن محمد بن سعيد بن احمد بن سعيد بن زرقون الانصاري الاشبيلي كان شيخ المالكية في عصره ومن كبار المتعصبين للمذهب المالكي له كتاب المعلى في الرد على المحلى لابن حزم توفي سنة ٧٢١ عن ثلاث وثمانين سنة

حارث وابن رشد ؛ قالا: مذهب مالك وكافة اصحابه الحكم بالخلطة . وبقول ابن نافع قال الاندلسيون . واستمر عليه العمل بافريقية . اهـ وزاد في شرح المدونة ما نصه : وأفتى شيخنا حفظه الله ـ لما كان عندنا بالقيروان ـ باشتراط ذلك في امرأة من وجوه الناس ادّعي عليها وأمر قاضيها بالحكم به ، ففعل.وبه افتى شيخنا ابو يوسف يعقوب الزغبي منذ مدة قريبة . اهـ .

ولا يحلف المطلوب إلّا على ما ادعاه الطالب . في مذهب مالك واكثر اصحابه. ولا يكتفي بما ينفي دعواه تضمناً أو التزاماً ، كقوله ما لك عليّ مما تدعي قليل ولا كثير . خلافاً لابن الماجشون وأشهب ؛ واختار ما لهما ابن حبيب وابن عبد البر (١) والقاضي ابن عبد السلام . انظر شرح العمليات العامة عند قولها

ومن عليه يدعى نحو السلف ❀ نفاه في اليمين نصاً ان حلف
وليس يكفي انه لا شيء له ❀ عليه مما يدعيه قِبَلَه

واذا امتنع من توجهت عليه اليمين من الحلف حتى يحضر المال ؛ قائلا اخاف ان احلف ويدعي العُدم فتذهب يميني باطلا ، فالاقوال ثلاثة . قيل يجاب الى ذلك ، وبه العمل بتونس ، قاله ابن ناجي ونظمه في العمل المطلق بقوله

وبعض شراح الرسالة نقل ❀ في شرحه ان بتونس العمل
بأن للطالب ان يؤخر ❀ يمينه للمال حتى يحضر

وقيل يحلف ثم يطالبه بالمال ، وبه قال ابو حفص ابن العطار ، وعليه جرى الزقاق حيث قال « ومن ابى ❀ يميناً لكون الحال غاب فجهلا » وقيل يكفي ان

---

(١) هو ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري . من كبار علماء الاندلس ومحدثيها له كتاب التمهيد لما في الموطا من المعاني والاسانيد ؛ والاستذكار بمذاهب علماء الامصار ؛ وجامع بيان العلم وفضله ؛ والكافي في الفقه ؛ وهو معتمد مشهور . مولده سنة ٣٦٨ وتوفي بشاطبة سنة ٤٦٣ ؛

يشهد المطلوب انه مليء ، ويحلف الطالب ثم يدفع له ، ولا تقبل منه بينة بالعُدم. قاله ابن ابي زمنين (١) وفضل وغيرهما ؛ ولم يحك اكثر شيوخ المذهب غيره ، وهو المذهب ، قال ابن ناجي وأفتى شيخنا ابو مهدي عيسى الغبريني - على ما بلغني - ان كان المطلوب يتكلف كلفة في احضار المال ، مثل ان يحتاج الى بيع داره ونحو ذلك ، فانه يحلف الطالب اولا ، وإلّا فحتى يحضره ، وما ذكره صواب ، وبه حكمت بالقيروان ، كادخاله في معاملة لضعفه وقد لا يعلم ، اهـ انظر شرح العمليات العامة ، وليس هذا الحكم خاصاً بيمين الانكار ، بل يجري في يمين القضاء واليمين مع الشاهد ، قاله التسولي في شرح قول التحفة « وان نفى ❊ فالنفي للعلم كفى » في التنبيه الثاني فانظره ،

واذا توجهت اليمين على المطلوب المنكر للدعوى ، فالتزم الحلف ، ثم بدا له ان يقلب اليمين على المدعي؛ فله ذلك ، على ما لابي عمران الفاسي (٢) قائلا : لا يكون التزامه اشد من الزام الله له ، قال وقد خالفني في ذلك ابن الكاتب (٣) ورأى ان ذلك يلزمه ، والصواب ما قدمناه ، اهـ قال اللقاني ما قاله ابو عمران غير مسلّم ؛ فان الله لم يلزمه اليمين ؛ بل خيره بينها وبين ردها على المدعي ومن التزمها فقد اسقط حقه من ردها ، وأيد الشيخ ابو علي بن رحال وغيره ما للقاني وصوّب ما لابن الكاتب ، ودرج عليه ناظم العمل الفاسي فقال

---

(١) هو محمد بن عبد الله بن ابي زمنين القرطبي من تاليفه المنتخب في الاحكام مولده سنة : ٣٢٢ وتوفي سنة ٣٩٩.

(٢) هو موسى بن عيسى بن ابي حاج الفجومي الفاسي القيرواني اصله من فاس واستوطن القيروان وحصلت له بها رئاسة العلم تفقه بالقابسي ورحل فسمع من ابي بكر الباقلاني له كتاب التعليق على المدونة . توفي بالقيروان سنة ٤٣٠

(٣) هو ابو القاسم عبد الرحمن بن محمد الكناني المعروف بابن الكاتب. اخذ عن القابسي. وبينه وبين ابي عمران الفاسي مناظرات في مسائل توفي في القيروان سنة ٤٠٨

والخصم يختار اليمين ونكل ❊ فما لقلبها سبيل او محل

ودرج الزقاق على ما لابي عمران فقال

لملتزم مطلـوب ان يقلب اليمـ ❊ ـين اما رجوع بعد قلب لها فلا

واذا توجهت اليمين على المطلوب فقلبها على خصمه ، ثم بدا له وأراد ان يحلف ، فليس له ذلك ، ويتم نكوله بأن يقول لا احلف ، احلف انت ، او يستمر على الامتناع .

ولو رضي من خصمه اليمين ؛ ثم رجع وقال انا ءاتي بالبينة ؛ فله ذلك ؛ على ما لابن عتاب ؛ كما في شرح التاودي على الزقاقية ، وأفتى ابن رشيد (١) انه لما رضي بيمينه ؛ عالما ببينته ، وهي حاضرة ؛ انه لا رجوع له. ورجحه الرهوني مستدلا عليه بما شرح به ابن مرزوق قول المختصر « فان نفاها واستحلفه فلا بينة » ونصه : يعني ان المدعي اذا كانت له بينة حاضرة على دعواه ؛ او غائبة قريبة الغيبة على مسافة الجمعة ونحوها ؛ واستحلف خصمه ، اي طلب حلفه ؛ ورضي بيمينه على رد دعواه وهو عالم ببينته المذكورة ، ثم اراد المدعي ان يقوم بهذه البينة ؛ فان بينته لا تسمع ، ولا ينفعه القيام بها ، لان رضاه بيمين المطلوب، مع تمكنه من اقامة تلك البينة ، لحضورها او قرب غيبتها التي لا ضرر عليه في اتيانها منه ، دليل على رفض تلك البينة وعدم الاعتداد بها، فكيف يسوغ له القيام بعد ذلك بها اهـ .

ومن وجبت له على رجل يمين لبعض المعاملات ، وقال له الرجل : اجمع مطالبك ان كان لك مطلب غير هذا ، لاحلف في الجميع يمينا واحدة . فهو من حق المدعى عليه . بخلاف مطالب الميراث . فليس له ذلك ، لان الميراث لا يحاط بالحقوق فيه .

ولا تجمع يمين الانكار مع يمين الرد . فمن وجبت عليه يمين في دعوى ،

وُرِدَّت عليه يمين، فلا يجمع ذلك في يمين واحدة. ولا بد من يمينين مفترقتين، فيقول بالله الذي لا إلاه إلّا هو ، فاذا انقضت: قال: وبالله الذي لا إلاه إلّا هو ، حتى تنقضي اليمين الاخرى. وقد نظم ما ذكرناه في العمل المطلق فقال

فيما سوى الميراث يلجي طالبه ❀ بجمعه لحلف مطالبه

اذ الدعاوي في يمين واحدة ❀ تجمع ما عدا اليمين العائدة

ونظمه في العمليات الفاسية فقال

وتجمع اليمين في الدعاوي ❀ إلّا يمين الرد في التساوي

قال الشيخ التسولي في شرح التحفة استثناؤه يمين الرد يدل على ان غيرها من الايمان متساوية في التغليظ وعدمه ، ولو يمين قضاء او استحقاق، تجمع ، وهو كذلك على خلاف فيه . كما في الرعيني وغيره فان كان بعضها يغلّظ في الجامع دون البعض الآخر، فهو بالخيار في ان يحلف واحدة مغلّظة ، يُدخل فيها جميع ما وجب عليه ، او يحلف يمينين ، المغلّظة في الجامع ، وغيرها خارجه وقد جاء في التبصرة الفرحونية ما يدل على ان المردودة تجمع ونصها اذا وجبت لرجل يمين على امرأة من ذوات الحجاب ، ووجبت لها هي يمين عليه. فأرادت ان تحلف ليلا ، وأن تحلفه نهارا ، فقال الرجل اخاف ان احلف لها نهارا فترد علي اليمين ليلا ، فأحلف مرتين ، مرة في النهار، ومرة في الليل. فان المرأة اذا التزمت انها لا تردّ اليمين ، حلف لها الرجل نهارا ، وحلفت المرأة ليلا اه . وهذا نص في ان التزامها بعدم الرد يلزمها ، وظاهر في جمع يمين الرد مع غيرها ، وإلّا لم تتوقف يمينه على التزامها عدم الرد . وقد صرح بجمعها مع غيرها ابن رشد ، كما في الدر النثير انظر التسولي عند قولها « وان نفى ❀ فالنفي للعلم كفى » وقد تقدم في الباب الاول ان العمل في القيروان على تعدد الايمان بتعدد الدعاوي، نقله في البرنامج ونقله

الشريف عند قول الزقاق « كجمع الدعاوي في يمين سوى التي ترد »

واذا كان المدعى عليه سفيها ؛ وتوجهت عليه يمين الانكار ، او يمين التهمة ، فلا يمين عليه الآن ، اذ لا تتوجه اليمين إلّا حيث لو اقر المطلوب لزمه .

ولو ادعى السفيه على رجل بدعوى ، فنكل المطلوب ، فقال ابن الهندي في وثائقه يغرم المطلوب ؛ ولا يحلف السفيه حتى يرشد ، وانما حلف مع الشاهد لاحياء السنّة ، وقال ابن سهل الصحيح عندي ان يحلف الآن ، اذا نكل المطلوب ورد عليه اليمين ، لانه رضي بيمينه حين نكل ، اهـ انظر التسولي عند قولها « البالغ السفيه بان حقه » البيت .

واما اليمين المكملة للنصاب ، فهي اليمين مع الشاهد في الدعاوي المالية ، وما يئول اليها ، ولا يحلفها الصغير الذي شهد له شاهد بحقه ، ويؤمر المطلوب باليمين حيث انكر فان نكل حكم للصبي في الحال ، ولا يمين بعد بلوغه : وان حلف ، وقف الشيء الى بلوغه ، فان حلف استحق ، وان نكل اخذه المطلوب .

واما السفيه فيحلف مع الشاهد له ، ويستحق ، فان نكل حلف المطلوب ، وبقي الشيء بيده الى الرشد ، فيحلف ، ويستحق ، على المعتمد ، وقيل يحلف المطلوب ويبرأ ، ولا يستأنى به كما يستأنى بالصغير ، انظر شراح التحفة .

ولو أدعى الاب على ابنه وقام له شاهد بحقه ، لزمت الاب اليمين ، وكذا لو ادعى الاب على الابن ، فنكل الابن عن اليمين ، وردها على الاب ، لزمت الاب اليمين وكذلك اذا تعلق بيمينه حق لغيره ، فانه يحلف ، كدعوى تلف صداق ابنته والزوج يطلبها بالجهاز ، او يدعي عليه نحلة انعقد عليها النكاح ، اما لو قامت البنت تطلب من ابيها ما قبضه من نقد صداقها ، مدعية انه لم يجهزها به ، فلا يحلف لها الاب : ان لم يكن لها يوم القيام زوج . قاله ابن

مغيث.(١) قال وفي ذلك اختلاف بين اصحابنا ، منهم من أوجب لها اليمين ، بعد ان تعرف ان ذلك عقوق ، ومنهم من لا يوجب لها عليه اليمين ، اهـ، ولو طالب الاب ابنه بالانفاق لعدمه ، فأنكر الابن عُدم الاب ، فأثبته الاب ، قضي للاب بالنفقة دون يمين ؛ على ما به القضاء والعمل لان تحليفه من العقوق وقيل يحلفه القاضي ؛ استبراء للحكم له ، ونظم صاحب العمل المطلق مسألة حلف الاب فقال

وليس يحلف لذي حق ابه ❊ في غير ما الوالد قام يطلبه

انظر شرح العمليات العامة ،

وبقي من انواع اليمين يمين اختلف فيها ؛ وهي المعبر عنها بيمين الرغبة ، وهي كما في ءاخر وكالات حاوي البرزلي ؛ يمين يطلبها الحالف ليبعث بها الى موضع المطلوب ؛ فهي يمين لم تطلب ، فقدمها قبل طلبها ، لضرورة طلب الحق. فقد جرى سببها ؛ وهو اثبات وثيقة الدين ، فلا يقال انها استعجال الشيء قبل وجوبه بالاطلاق ، ولا يقال انها يمين لم تطلب فلا تكون ، لانها على احد امرين: اما اقراره ببقاء الحق ؛ فلا تضر زيادة اليمين او ينكر ويدعي القضاء ، فتجب له اليمين ، فقدمها قبل طلبها للضرورة المذكورة ، اهـ . وسميت يمين رغبة ، لان صاحبها يرغب القاضي في اذنه في ذلك ؛ وتكتب عن اذنه وفي اختصار ابن هارون للمتيطية من له ديون مؤجلة فأراد سفراً ، ووكل وكيلا على اقتضائها ؛ فهل يمكّن من حلف يمين الرغبة أم لا ، مكّنه من ذلك بعض قضاة الاندلس ، ومنعه بعضهم ، اهـ، واستظهر بعض شراح لامية الزقاق المنع ، لعدم حلولها ؛ فهي يمين غير مفيدة ، وأصله لابن عرفة ، لكن قال ابن

---

(١) هو ابو جعفر احمد بن محمد بن مغيث الصدفي حبير طليطلة وفقيهها له المقنع في الوثائق توفي سنة ٤٥٩ ؛

ناجي الاقرب انه يمكّن من ذلك ؛ خشية ان يدعى عليه انه عجل له جملة ما في ذمته او بعضه ؛ فهي يمين مفيدة ، لاسيما ان كان سفره طويلا كسفر الحج ، وقد اذن بعض قضاة بلدنا بحلف من اراد الحج ، قال الشريف في معين المفتي وحاشية الزقاقية شاهدت من قاضي الحاضرة ابي الفداد اسماعيل التميمي ؛ انه حكم بها في سنة ١٢٢٣ ؛ واذن في كتبها لبعض العدول المنتصبين للشهادة بسوق الكتبيين من تونس حاطها الله ، ولما ان بلغه الاذن في كتبها استغربها هو ومن حضر من العدول ، فسألوني عن صورتها ، فبيّنتها لهم. اه .



الفصل الثاني

في الاقرار وفيه مباحث

المبحث الاول في شروط صحته

وهي ان يكون المقر بالغاً ، مكلفاً ، طائعاً ، لم يكذبه المقر له ، ولم يتهم المقر في اقراره ، وأن يكون الاقرار لقابل التمليك ، فلو قال رجل لآخر اقررت لك بألف درهم وأنا صبي ، وقال الطالب بل اقررت لي بها وأنت رجل، فعند ابن القاسم القول قول المقر مع يمينه ؛ ولا شيء عليه ، وكذا لو قال اقررت لك بها في نومي ، او قبل ان اخلق لا يلزمه شيء ، لانه نسبه الى حال لا يثبت فيها اقراره ، وبه الحكم ، وقال سحنون يلزمه ما اقر به ، لان قوله وأنا صبي ، او في نومي ، او قبل ان اخلق ؛ ندم منه ، قلت : المسألة ترجع الى تبعيض الدعوى والاقرار ، وقد تقدم مبحثه في الباب الاول ، وقد نظم في العمل المطلق ما لابن القاسم فقال

ومن يقول انه اقر لك ❁ وهو صبي بكذا واستمهلك
وقلت بل اقررت لي مكلفاً ❁ فالقول في ذاك له ويحلفا

والاقرار في الصحة نافذ صحيح ؛ اذا كان المقر به في الذمة ؛ او معينا ؛ لا يعرف ملكه له . فان اقر بما يعرف ملكه له ؛ من شيء بعينه ؛ انه لفلان ؛ سواء أكان المقر له وارثا او غير وارث ؛ فانه يجري مجرى الهبة ؛ ويحمل محملها ؛ إن حاز ذلك المقر له في صحة المقر ؛ جاز ؛ وإلّا لم يجز. هذا ما جزم

به العقباني (١) والونشريسي والحطاب انظر حاشية الرهوني. ولا فرق في اقرار الصحيح ؛ بين ان يكون لمن يتهم عليه ؛ وغيره . فالتهمة ملغاة في باب الاقرار بالصحة . ولا يرد عليه اعتبار التهمة في مسائل التوليج ؛ لان التهمة المطروحة في باب الاقرار بالصحة ؛ التهمة الواردة من مجرد اقراره لمن يتهم عليه ؛ مصحوبة بشواهد وقرائن ؛ تؤذن بأن ذلك الاقرار لا اصل له والتهمة المعتبرة في مسائل التوليج ؛ هي التي قامت فيها امارات على كذب المقر في اقراره ؛ حتى لمن لا يتهم عليه عادة لو لا قيام الامارات المذكورة. قاله العقباني ؛ كما في المعيار ؛ ونقله ابو علي بن رحال واستحسنه . انظر حاشية الرهوني.

والتوليج يثبت بأحد ثلاثة امور الاول اقرار المشتري ان الشراء لا اصل له ؛ وانما هو عطية ولا يعتبر اقرار البائع، ويعد منه ندما. الثاني البينة الشاهدة ان ما عقداه سمعة وتوليج ؛ لا حقيقة له : إذا كان الشاهد عالما ؛ فان كان غير عالم لزم التفسير ؛ بأن يقول الشاهد : توسطنا العقد بين المتبايعين ؛ واتفقا على ان البيع الذي عقداه في الظاهر ، انما هو سمعة لا حقيقة له . سواء أكان توسطهما العقد باشهاد ، او بدونه ، او يقول الشهود اقر بذلك عندنا المشتري ، او يقولوا اشهدنا بذلك فلان وفلان على شهادتهما بأحد هذين الوجهين. فان وقعت الشهادة بالتوليج مجملة ، لم تقبل من غير اهل العلم الثالث توارد القرائن وقوة المخايل ، كما للشيخ عمر الفاسي وغيره ، خلافا للرهوني. انظر حاشية مهدي على الزقاقية ، اخر مبحث التوليج ،

واذا ثبت في بيع التوليج او المحاباة ، إن المشتري حاز المبيع في صحة البائع على وجه الحيازة ، فقيل يصح ذلك له ؛ ويجري مجرى الهبات ؛ وهو الراجح.

---

(١) هو ابو سالم ابراهيم بن ابي الفضل قاسم العقباني التلمساني قاضي فاس اخذ عن والده قاسم بن سعيد العقباني المتوفى سنة ٨٥٤ ـ وأخذ عنه الوانشريسي ونقل عنه في معياره. له تعليق على مختصر ابن الحاجب وفتاوى نقل بعضها المازوني مولده سنة ٨٠٨ وتوفي سنة ٨٨٠

وقيل يبطل ذلك لانه لم يخرج مخرج الهبة . انظر حاشية التسولي ومهدي على الزقاقية .

وما قرر في المحاباة ، محله اذا كانت المحاباة في الثمن . كأن يبيع ما قيمته مائة بعشرة ، فان كانت في المثمن كأن يبيع بعض ولده خيار ماله ، ولو زاد ثمنه على قيمته ، فللورثة نقض ذلك ، قاله ابن عرفة في البيوع الفاسدة ، ونحوه لابن ناجي

والتوليج كما في المعيار قبل نوازل الشفعة بورقة ينقسم الى معلوم ، ومظنون ، وموهوم فالمعلوم يوجب نقض البيع ، والمظنون يوجب اليمين ؛ الا ان يقوي جدا فيصير كالمعلوم ، والموهوم لا يوجب شيئا ، والمعلوم هو ما ثبت باقرار المشتري ، او البينة كما تقدم ، ويرد فيه البيع ، ان لم يقبض المشتري المبيع قبل حصول مانع ، من موت او تفليس ، فان قبضه المشتري قبل حصول المانع ، فلا توليج على المعتمد من قولين ؛ كما صرح به التسولي في حاشية الزقاقية صفحة ١٤٣ ؛ فقد ذكر هنالك ان جميع صور التوليج مقيدة بما اذا لم يحصل قبض قبل حصول المانع ، وهو ظاهر ، والمظنون ما اجتمع فيه امران ميل البايع للمشتري ؛ وعدم معاينة قبض الثمن ، وحكمه توجه اليمين على المشتري انه ابتاع بيعاً صحيحاً ، ودفع الثمن ؛ ان جرى نزاع له من بقية الورثة ، واليمين هنا يمين تهمة لا تنقلب ؛ فان نكل عن اليمين ، بطل البيع بمجرد نكوله ، كما في شرح التسولي عند قولها « ومع ثبوت ميل بايع لمن »البيت ، ءاخر الاقرار ، فاذا وجدت تهمة الميل ؛ مع معاينة البينة لقبض الثمن ؛ فلا يمين على المعتمد ،

ولو اشترى الاب لابنه الصغير في حجره ؛ ربعا او غيره ؛ وأقر ان المال للابن ؛ فان عرف الشهود الوجه الذي ذكره الاب ؛ ككونه من ارث امه او

صدقة من فلان ؛ مضى ذلك للابن وان لم يذكر الاب وجها ؛ فقيل يصح ذلك للابن سواء اشهد الاب بعد ذلك انه يكريها للابن ؛ او اعتمرها الاب او سكنها حتى مات . قاله ابن القاسم . وبه القضاء . وعليه العمل كما في ابن ناجي في كتاب المديان ناقلا له عن وثائق ابن الهندي ووثائق ابن فتوح . وقيل لا يصح ذلك للابن ؛ إلا ان يعرف له مال ؛ وإلا كان ذلك توليجا . قاله مطرف وأصبغ . وقد نظم صاحب العمل المطلق المسألة فقال

والمشتري من غيره متاعا ۞ ان قال للشهود حين ابتاعا
لابني اشتريت وبما قد رزقا ۞ نفذ ذلك للابن مطلقا
بيّن ام لا وجهه والحال ۞ ان ليس يعرف للابن مال

ولو اشترى الأب لابنه الصغير بمال ؛ اقر انه وهبه له ؛ فان ابرز الاب المال وحوزه لغيره ، ثم امر الحائز بدفع ذلك للبائع . كان اصح في الاحتياز . واجوز للابتياع وان دفع الاب ولم يحوزه احدا . فقيل ذلك حوز تام . وابتياع للابن نافذ . ولو لم يقبض الابن المبيع وبه القضاء . وعليه العمل . وقيل ليس بحوز . واذا مات الاب رجع ذلك ميراثا . قاله في معين الحكام ومختصر المتيطية . ونظم المسألة صاحب العمليات العامة العلامة السجلماسي فقال

كذاك ان قال بما وهبت له ۞ من ثمن كان الشرا واستعمله
لموته فالحوز اخراج الثمن ۞ من يده وهو عليه مؤتمن

المبحث الثاني في الاقرار بالنسب او وارث

اذا اقر احد . ان فلانا ابن عمه . لا وارث له غيره . وأشهد بذلك ثم مات . فمذهب ابن القاسم لا يثبت النسب بهذا الاقرار . وانما له المال بعد التأني ، فان لم يأت له طالب اخذه المقر له . مع يمينه . وبعدم ثبوت النسب قال مالك وجماعة اصحابه . وحكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ . قالا لا يلحق

نسب احد من اخ او ابن عم او عم ، ممن استلحقه ، حتى وكان وارثه وموروثه بذلك الاستلحاق ، إلا الوالد للولد فقط ، كان الاقرار في صحة او مرض ، وقال اصبغ في المستخرجة اذا لم يكن له وارث معروف ، فاقراره جائز في صحته ، ويكون له ماله ، ولا يثبت له النسب بذلك ، وقاله سحنون ، وله قول اخر ، انه لا ميراث لهذا المقر له ، وان لم يكن للمقر وارث معروف ، لان ميراثه للمسلمين ، فهم كوارث معروف ، ومذهب اشهب انه لا يستحق الميراث ، إلا من استحق النسب ، وثبت له بما تثبت به الانساب ، ومذهب اشهب هو النظر والقياس ، إلا ان العمل جرى بقول ابن القاسم ، نقله ابن سهل وغيره ، وانبنى على عدم ثبوت النسب بالاقرار ، فتوى فقهاء قرطبة في رجل اقر لاخوين انهما وارثاه ابناء عمه ، فمات احدهما قبل المقر ، ثم مات المقر ، فأراد الباقي من الاخوين المقر لهما ، ان يأخذ جميع المال ، فقالوا ليس له إلا نصف المال ، اذ لم يقر بأكثر من ذلك ، وهو انما يأخذ بالاقرار ، لا النسب ، انظر شرح العمل العام عند قوله :

والاخوان ان اقر لهما ※ انهما ابنا عمه في الانتما
وماله لا حق فيه لاحد ※ مهما ان مات عن غير الولد
فمات قبل واحد فالتالي ※ لا يستحق غير نصف المال
اذ هو بالاقرار لا بنسبه ※ يأخذ والنصف هو المقر به

ومن هذا الوادي ما أجاب به احمد بن عبد الله اللؤلؤي ، (١) في رجلين اقرا انهما ابنا عم لاب ، وهما غريبان في الموضع الذي اقرا فيه ، فمات احدهما فورثته ابنته وزوجته والمقر به ، ثم ماتت البنت فهل يرثها المقر به ؛ وكيف ان كان الحاكم قد قضى بالميراث له بذلك الاقرار ، فقال لا يرثها بإقرار ابيها

---

(١) هو محمد بن احمد ؛ ويقال احمد بن عبد الله الاموي المعروف باللؤلؤي - صناعة ابيه - قرطبي ؛ افقه اهل زمانه بعد موت ابن ايمن ، توفي سنة ٣٥ ، او سنة ٣٥١

له ، وان كان الحاكم قد قضى بالميراث لم يرد حكمه، لاختلاف الناس فيه، اه ، من معين المفتي ،

ولو رجع المقر بوارث له عن اقرارە . منع رجوعه من ارث المقر له ، لان اقرارە دائر بين ان يكون وصية او شهادة ، وكلاهما يبطل بالرجوع ، قاله العقباني في جواب له نقله صاحب الدرر المكنونة في نوازل مازونة ، (١)

ولو اقر احد الورثه بوارث ءاخر ، لكان للمقر له من المقر ما اخذه زائدا عما ينوبه ، على تقدير صحة الاقرار ، ففي مختصر ابن الحاجب، ءاخر الاستحقاق: ولو ترك اماً وأخاً ، فأقرت بأخ ؛ ففي الموطا يأخذ منها النصف ، وهوالسدس، لنفسه ، وعليه العمل وروي يقتسمه مع اخيه، التوضيح انما كان للمقر له السدس ، لانها اقرت بأخوين يحجبانها الى السدس ، ولا شيء فيه للمنكر ، لان بيده الثلثين ؛ وهو معترف بأنه لا يستحق غيرهما وقوله روي يقتسمه معاخيه؛ اي لانها انما اقرت بالسدس لهما ، وعلى القول الذي به العمل اقتصر في المختصر.

ومن هذا الوادي ما في المجالس المكناسية في هالك ترك ابنين ، اقر احدهما بثالث ، ثم اقر برابع ، قال سحنون يجعل الجميع كأنهم ثابتو النسب ، وقال هذا معنى قول ابن القاسم فان ترك الميت ستين دينارا ، اخذ المنكر منها ثلاثين والثلاثون الاخرى يأخذ منها المقر له الاول عشرة ، والمقر له الآخر خمسة ؛ ويبقى للمقر خمسة عشر ، وقال اشهب انما ينظر في ذلك الى ما يجب للمقر له ، على تقدير الاقرار بالجميع نسقا ، فيأخذ المقر له الاول خمسة عشر ، والمقر له الثاني خمسة عشر ، ولا يبقى للمقر في هذا الفرض شيء ، ولو اقر بخامس

---

(١) صاحب الدرر المكنونة هو ابو زكرياء يحيى بن موسى المغيلي المازوني القاضي. اخذ عن ابن مرزوق الحفيد وقاسم العقباني ، وبهذا الكتاب فتاوى كثيرة من علماء تونس وبجاية وتلمسان والجزاير وغيرها ، ومنه ومن نوازل البرزلي استمد الوانشريسي ، توفي بتلمسان سنة٨٨٣ ك، ١٤

لضمن له من ماله قدر نصيبه ، وقال احمد بن نصر الداودي يفرق في ذلك بين ان يدفع للاول بقضاء ، فلا ضمان عليه ؛ او بغير قضاء ، فيضمن ، اه. نقله في معين المفتي ،

المبحث الثالث في الاقرار بالحبسية

قال في مختصر المتيطية يجوز لمن بيده دار او جنة ، ان يشهد انها حبس عليه وعلى عقبه وعلى كل من يذكر من المرجع ، وينفذ الحبس بشهادته ، وهو في المعنى اقرار على نفسه ، ويكتب في ذلك اشهد فلان بن فلان ، اقرارا بالحق وعملا بمقتضاه ؛ ان الدار التي بيده ، بموضع كذا ، وحدودها كذا ، محبسة عليه من غيره ، ثم على عقبه من بعده ، وان كان العقب داخلين معه ؛ قلت : وعلى عقبه - بالواو - ماتناسلوا وتسلسلوا ، ثم مرجعها من بعدهم الى كذا ؛ ثم يكمل الاشهاد. وانما قلنا من تحبيس غيره ، لنبين ان الحبس ليس من قبله ، اذ لا يجوز لاحد ان يحبس على نفسه ، وانما لم يسم المحبس ، لئلا يكلف القائم بهذا العقد : اثبات موت المحبس ، وتناسخ وراثته ؛ فيتعذر الى الورثة ، والعقد دون هذا تام ، وبه ضعيف. وان ضمنت في العقد علم الشهود بسكنى المشهد ، وكونها بيده ، كان حسنا ، وان اسقطته كان جائزا ، فان تبين بعد ذلك ان الدار ملك للمقر ، لم ينفذ التحبيس فيها ، إلا ان يكون قد خرج عنها ؛ وحيزت بما تحاز به الاحباس فينفذ ،

ولو اقر الورثة بحبس ، لزمهم ذلك ، ويكون محبسا عليهم على حسب ما اقروا به ؛ إلا ان يظهر كتاب الحبس يوما ما ؛ ويكون فيه خلاف ما اقروا به من التعقيب والمرجع ؛ فينتقض اقرارهم في ذلك ، وان شركهم احد في الميراث؛ لم ينفذ اقرارهم إلا في حصصهم فقط ، ويلزم المنكر اليمين بالله انه لا يعلم ان مورثه حبس عليهم شيئا ، وليس له رد اليمين لانها لو ردت لردت على مدعي الحبس وأعقابهم ، ولا يحلف احد عن احد ، وايضا لو نكلوا عنها ، لم

يبطل الحبس بنكولهم ، لبقاء حق العقب ، وقال الباجي (١) في وثائقه: اختلف هل على المنكر يمين أم لا ، فقال بعضهم لا يمين عليه ، وقال بعضهم عليه اليمين ، اهـ ،

المبحث الرابع في الاقرار بالمجمل

اذا اقر الزوج الصحيح ، بأن جميع ما في بيته لامرأته ، وأشهد بذلك ، فقال ابن زرب لا بد لها من اليمين بعد ذلك، قيل له ، وان نصت الاشياء التي اشهد لها بها ، ووصفت في الوثيقة ، قال وان وصفت ، فلا بد من اليمين ، لان الصفات قد تقع على تلك الاشياء وغيرها ، إلّا ان توصف وينظر اليها الشهود، يريهم اياها المقر بها لامرأته ، ويعرفونها حين اداء الشهادة ، فحينئذ تستغني عن اليمين. قال ابن زرب وكان عندنا شيخ ممن يستفتى ، كان يقول اذا ادعى ورثة الزوج انه اكتسب بعد اشهاده لزوجته اشياء وجدت في البيت ، وقالت المرأة انه مما كان اشهد لي به ، وجبت اليمين انه ما اكتسبها بعد اشهاده ، وان لم يدّعوا هذا، لم تجب اليمين، وكان ابن زرب لا يستحسن هذا القول، ويذهب الى ان اليمين واجبة على كل حال، اهـ من احكام ابن سهل، نقله الشريف عند قول الزقاق « واشهاد زوج صح للعرس يجتلى » في مبحث التوليج ،

وفي الفتاوى الاجهورية : (٢) سئل عمن اقر في حال صحته ، ان جميع ما

---

(١) الباجي صاحب الوثائق هو محمد بن احمد بن عبد الله المعروف بابن الباجي . كان بصيرا بالعقود متقدما في الوثائق ؛ ألف فيها كتابا حسنا وكتابا مستوعبا في سجلات القضاة . ولده سنة ٣٥٦ وتوفي سنة ٤٣١

(٢) الفتاوى الاجهورية نسبة للاجهوري ؛ جمعها بعض تلاميذه ؛ والمنسوبة اليه هو علي بن زين العابدين بن محمد بن زين العابدين ابن الشيخ عبد الرحمن الاجهوري شيخ المالكية في الديار المصرية . أخذ عن البدر القرافي والبرموني والسنهوري والفيشي وغيرهم واخذ عنه الخرشي والشبرخيتي وعبد الباقي الزرقاني وابنه محمد له شرح على المختصر الخليلي توفي سنة ١٠٦٦

يملكه من نقد ودين وسائر ما بمنزله من الامتعة ، مما يليق بالزوجة وما يليق بها.لها ولولدها منه فلان وكتب بذلك وثيقة عند حاكم شرعي،فهل هذا الاقرار صحيح معمول به،سواء كان قاصدا حرمان بقية الورثة،ام لا ،فأجاب: نعم،الاقرار المذكور الصادر من الصحيح العاقل الرشيد . للزوجة والولد ، صحيح لازم، وان فعل ذلك قاصدا حرمان بقية الورثة ، ولا يضره الميل للزوجة ، وهو من الهبة، لابد فيه من حوز المقر له ، ما اقر به ، قبل حصول مانع للمقر ، من موت ومرض مخوف ونحوهما ، اهـ.

واما اذا أقر ان جميع ما في بيته لزوجه ، وهو مريض ، فعند الابهري: (١) ان كان غير متهم ، صدق ؛ وان كان يتهم على ذلك ، نظر فيه ، لان اقراره لمن يتهم عليه وصية منه له ؛ ولما علم ان وصيته لا تجوز ، جعلها اقرارا ، نقله في الطرر وأفتى ابن زرب في ذلك : بأن ما كان من زيها فانها تأخذه بلا يمين ؛ وما كان من غير زيها : فلا تأخذه إلّا بيمينها ، وأفتى ابن وضاح (٢) ان ذلك عامل ؛ إلّا في ذهب او فضة ، دنانير اودراهم ، وما كان من ثيابه وزيه او عروض او طعام فهو موروث ، إلّا ان يعين ذلك في صحته ، ويعين الشهود ذلك انظر حاشية الشريف على الزقاقية اخر مبحث التوليج

المبحث الخامس فيما يقبل فيه رجوع المقر عن الاقرار

الاصل في الاقرار اللزوم. وضابط ما لا يجوز الرجوع عنه: هو الرجوع

---

(١) هو ابو بكر محمد بن عبد الله الابهري انتهت ليه الرئاسة ببغداد . وأخذ عنه ابو بكر الباقلاني والقاضي عبد الوهاب وأبو جعفر محمد بن عبد الله الابهري الذي يعرف بالابهري الصغير وابن الخصاص المتوفى سنة ٣٦٥ - وابن القصار وابن خويز منداد والاصيلي وابن الجلاب . له شرح على المختصر الكبير والصغير لابن عبد الحكم وكتاب الاصول وكتاب اجماع اهل المدينة توفي سنة ٣٩٥

(٢) جعله في الديباج مشهورا برواية الحديث والزهد ، وهو محمد بن وضاح ؛ من الاندلسيين؛

الذي ليس فيه عذر عادي ، وما يجوز الرجوع عنه ، هو ما كان للمقر عذر عـادي في اقراره وهذا كما اذا اقر الوارث للورثة ان ما تركه ابوه ميراث بينهم على القانون الشرعي ؛ ثم شهد له شهود : ان اباه اشهدهم ؛ انه تصدق عليه في صغره بهذه الدار وحازها له ، فانه اذ ارجع عن اقراره ؛ يقبل رجوعه ؛ لانه اقر بناء على العادة ، ولا يكون اقراره السابق مكـذبا للبينة ، لان هذا عذر عادي ، يسمع مثله قاله القرافي في الفرق ٢٢٢ وتلقاه غير واحد بالقبول ومن هذا المعنى ان يقول علي مائة درهم ان حلف ، او اذا حلف ، او متى حلف ، او حين يحلف ، او مع يمينه ، او بعد يمينه فحلف المقر له ، فنكل المقر ، وقـال ما ظننت انه يحلف ، لا يلزمه شيء قاله المقري في القاعدة العـاشرة من قواعد القسمة والمساقاة والقراض نظير ما قالوه فيمن قال رضيت بما شهد به علي فلان وفلان. فما شهدوا به فهو الحق، فان له ان يرجع عن ذلك بعد شهادتهما، ولا يلزمه الحق ، لان من حجته ان يقول ظننت ان لا يشهـدا باطل . وهو الفرق بين هذه المسالة ومسالة مـا اذا قال : رضيت بيمينك ، وخذما تدعيـه . فانه ليس له الرجوع عن ذلك ، ويلزمه الحق متى حلف صاحبه وايضا فاليمين اما ان تكون في جهة المدعى عليه ، فاذا قال للمدعي احلف، كان ذلك نكولا منه عن اليمين ، فلم يكن له رجوع ، لان بنكوله ترتبت اليمين في جهة خصمه . واما ان تكون في جهة المدعي فاذا قال للمدعى عليه احلف ، فقد نكل عن اليمين ، وترتبت في حق خصمه وليس رضاه بالشهـادة نكولا منه عن شيء وجب عليه ، فافترقا معنى

ومن قبول الرجوع في الاقرار للعذر العادي ؛ ما فعله المجلس المـالكي في

(بقية هامش صفحة ١٠٨)

قال. ولم يكن له علم بالعربية ولا بالفقه ؛ وكان المجاوب عنه احمد بن خالد . مولده سنـة ١٩٩ وتوفي سنة ٢٨٧ ـ او سنة ٢٨٦

نازلة حبس الشيخ الهيشري ؛ فقد تضمن رسم حبسه : ان نصفه حبس على ابنه فلان ؛ ونصفه حبس على بقية اخوته فلان وفلان وفلان الـخ فرفع بعض المستحقين الامر للقاضي الحنفي ؛ يطلب تقديم مقدم على الحبس ؛ وتوزيع ريعه جميعه على سائر ورثة الشيخ الهيشري ، على السواء ، فأدلى المختص بالنصف برسمه المقتضي للاختصاص ، فأبدى القائم مطاعن في الرسم ، ظنها القاضي الحنفي وجيهة ، فاستراب الرسم وحجزه ، وهدد المستظهر به بالسجن ، لتدليس الرسم ؛ وأمر بقسمة الحبس على الرؤوس ، وندب المستحقين كلهم للتقارر على الحبسية ، وقسمة الحبس على الرؤوس ، ومن جملتهم مستحق النصف ، فتقارروا على ذلك ؛ ووقعت القسمة بضع سنين على الوجه المسطر ؛ ثم قام الابن المختص بالنصف بمقتضى رسم الحبس ، على المستحقين ، مدعيا اختصاصه بالنصف، لدى القاضي المالكي ، فاحتج عليه المدعى عليهم برسم المقارة ، الصادرة منه ومن غيره ، فاعتذر بأن حجز الرسم عنه ، ظنه حكماً بابطاله ؛ وأن تهديده بالسجن لاجل الاستظهار به ، حمله على المقارة ؛ وتبين ان الرسم صحيح لا ريبة به ، فقبل المجلس عذره ، وألغى المقارة ، بعد ان وجه عليه يميناً ان اقراره كان لما ذكر وأرجف المبطلون في ذلك ما شاؤوا ، وقد علمت ان ما فعله المجلس، هو صريح الفقه ،

ومن هذا المعنى ما ذكره المغربي (١) عند قولها في اوائل العدة وطلاق السنة: وكذلك ان طلقها وهو غائب ، فعدتها من يوم طلق ، ان قامت على الطلاق بينة، وان لم تقم بينة ، إلّا انه اقر به لما قدم. فالعدة من يوم اقراره، ولارجعة له فيما دون الثلاث ، اذا تمت العدة من يوم الاقرار وترثه في العدة المؤتنفة ، ولا يرثها ، ولا يتوارثان في البتات ، ولا يرجع عليها بما انفقت من ماله. بعد

---

(١) هو ابو الحسن المترجم له في هامش عدد ٣ من صحيفة ٨٩

طلاقه ، قبل علمها ، لانه فرط ، ونص المغربي في صغيره : وانظر لو قال الزوج هنا انما اقررت بذلك لأتخلص من النفقة والسكنى ، هل يصدق وتكون له الرجعة ، أم لا ، وانظر المرأة تدعي ان زوجها طلقها ثلاثا فلا تصدق ، ثم يخالعها ، فتريد نكاحه بعد ذلك ، وتقول انما قلت انه طلقني ثلاثا لاتخلص منه ، فذلك لها ، والمرأة تطلق ؛ فتدعي الحمل ؛ فتقول لم يكن لي حمل ؛ وانما قلت ذلك ليراجعني ، انها تصدق ، انظر برنامج الشوارد ءاخر مبحث الاقرار وقبيل مبحث الاستحقاق ،



الفصـــل الثـــالث

في الابـراء

الابراء من المعين ، اسقاط لمطالبته به فهو في الحقيقة هبة ، (١) فمـا كان يعرف اصله للمبرءي (بالكسر) ان حيز من المبرأ قبل حصول المانع، فذاك وإلّا بطل ، قاله التسولي في حواشي الزقاقية صفحة ١٣٢ ـ ويعرف اصل الملك للمقر او المبرءي، بأن يكون بحوزه ستة اشهر او عشرة، قاله الونشريسي،

والابراء بصيغة عامة ، كقوله ابرأته من جميع الدعاوي ؛ لا يتناول الربع ؛ حتى ينص عليه ؛ على ما به العمل ، قاله ابن نـاجي ؛ ونظمه صاحب العمـل المطلق فقال

والربع من ذاك العموم خُصا ❊ إلّا اذا نـص عليـه نصـا

وقال البرزلي وقعت مسألة اختلف فيها شيوخنا ، وهي ان رجلا ابرأته اخته من جميع تركـة ابيها ؛ ما كان من ذلك في ذمة او امانة ، ابراء تاما وقد كان في التركة ارض او دار او عين عند غيرهما ، فأراد الاخ الاختصاص

---

(١) استبعده بعض علماء العصر؛ لكونه يناكده تحقيق ابن عبد السلام الاتي في الاسقاط في المعين؛ وحكاية الاجماع المنقولة عن النوادر في الابراء في المعين وأجبناه بأن الابراء من وادي الاقرار؛ لانه اعتراف من المبريء بأن لاحق له في المبرىء منه. والاقرار بالمعين؛ الذي يعرف ملك المقر له ؛ جار مجرى الهبة ؛ كما هو مصرح به في الدواوين المذهبية ؛ ونقله مهدي في حاشية التاودي ؛ ونبهنا عليه في صفحة ١٠٠ وكلام النوادر صريح في ان الابراء العام يتناول المعين ؛ كالدار والارض . واما نفوذه والقضاء به ؛ اذا كان المعين المبرؤ منه ؛ يعرف ملك المقر له ؛ فيتوقف على الحوز قبل حصول المانع؛ كما هو صريح نصوصهم في باب الاقرار. وليس في كلام النوادر ما يعارضه ؛ لانه مسكوت عنه.

به . للفظ البراءة وتعميمها . فأفتى شيخنا احمد الغبريني (١) رحمه الله بأنه ليس له منه إلّا قدر ميراثه وأنه غير داخل تحت الابراء، وأفتى شيخنا الامام اولا : ان الاخ يختص به . فلما عرف بفتوى المفتي المذكور . رجع اليه وهو الاحسن . لانه ليس في ذمته ولا في امانته اه .

ولا يتناول العموم في الابراء . الابراء من المعين. فاذا قال ابرأته من جميع الدعاوي . فلا تدخل الدابة والدار والثوب ونحوها . حتى ينص عليها . فيقول «من داري او دابتي» ونحو ذلك. كما في الحطاب. قاله التسولي. وقال مهدي: والابراء العام يشمل المعينات . كالعبد والدابة، على ما هو الصواب، خلافا لمن وهم. قلت : وما ذكره مهدي هو المتعين ؛ فقد ذكر الحطاب في شرح المختصر في التنبيه الثاني عند قول خليل « وان ابرأ فلانا مما له قبله الخ» ما حاصله : ان ظاهر كلام خليل والمازري ان الابراء يشمل الامانات . وهي معينات . وفي كتاب الدعوى من ذخيرة القرافي ان الابراء من المعين لا يصح . بخلاف الدين فلا يصح ابرأتك من داري التي تحت يدك ؛ لان الابراء الاسقاط . والمعين لا يسقط ؛ نعم يصح فيه الهبة ونحوها. قال الحطاب : وهو كلام ظاهر في نفسه ؛ إلّا ان مراد القائل ابرأتك من داري التي تحت يدك . اي اسقطت مطالبتي بها . فالكلام على حذف مضاف . مع ان ما ذكره القرافي، خلاف ما لابن عبد السلام من الاسقاط في المعين . وان لفظ الابراء اعم منه. لانه يطلق على المعين وغيره. اه. كلام الحطاب. وفي النوادر : وان اقر أنه لا حق

---

(١) احمد الغبريني الاكبر هو قاضي بجاية ، وهو احمد بن احمد الغبريني ؛ مؤلف، عنوان الرواية ، توفي سنة ٧٠٤ ـ او سنة ٧١٤ ـ واحمد الغبريني الأصغر هو ولده ابو القاسم احمد بن احمد بن احمد ـ ثلاثا ـ الغبريني ؛ فقيه تونس وعالمها وخطيبها بجامع الزيتونة ، اخذ عن ابن عبد السلام وغيره ، وأخذ عنه البرزلي وأبو مهدي عيسى الغبريني . توفى سنة ٧٧٢ وتولى مكانه في الخطابة ابن عرفة

له قبله ، فليس له ان يطلبه بقصاص ولا حد ولا ارش ولا كفالة بنفس ولا بمال ولا دين ولا مضاربة ولا شركة ولا ميراث ولا دار ولا ارض ولا رقيق، ولا في شيء من الاشياء من عروض وغيرهـا ، إلّا ما يستأنف بعد البراءة. في اجماعنا أهـ. قال بعض شراح المختصر وبه تعلم ان قول القرافي ، ان الابراء في المعين لا يصح ، خطأ ، لان ذلك مجمع عليه في مذهبنا ، كما في النوادر

ولو ابرأ انسان ءاخر ، من قليل الاشياء وكثيرهـا ، من ميراث وغيره ، فالتزم ءاخر جميع ما التزمه الاول ، ولم يبين الاول جميع مـا كان التزمه ، ثم ذهب هذا الملتزم. الى انه لم يقصد إلّا اشياء معينة ، صارت له بالميراث. فاختلف فيها فتاوى العلماء ، ووقع في اقضية الحاوي عن احكام ابن حدير ، في اخ التزم لاخيه وأختة، مثل الذي التزم لهما اخوهما الرابع ، في قطع دعواه عنهما في ميراث ابيهم ، في قليل الاشياء وكثيرها ، من ميراث وغيره ، ولم يبين الرابع جميع ما كان التزمه ، ثم ذهب هذا الاخ الذي التزم لهما مثل ما التزم اخوه ، الى انه لم يقصد بالتزامه إلّا اشياء معينة ؛ صارت لهما بـالميراث ، لا غير ذلك ، فأفتى ابن ابي عيسى وأ كثر اصحابه : بأنه لا يلزم هذا الاخ إلّا ما نص وفسر من الاملاك المذكورة ، بعد يمينه انه ما التزم من الابراء إلّا على ما نص عليه من الاملاك المذكورة ؛ وأنه ما التزم سائر ما التزمه اخـوهم الرابع ، وله رد اليمين عليهما وأفتى ابن خلف انه يلزم هذا الاخ الابراء من جميع ما يتعين، وغير ذلك مما ترك ابوهم ، من قليل الاشياء وكثيرها ؛ كما التزم اخوهم الرابع، لانه ابرأهم مثل ابرائه ، وهو عام ؛ فحل هذا الاخ محل اخيه في جميع ذلك ، لانه عرف قدره ومبلغه وما ادعاه من ان في الوصيـة اشياء لم يقف عليهـا ، فالوصي مؤتمن على ما اوصي عليه ، والقول قوله ، إلّا ان يثبت ما يوجب نظرا ، فينظر السلطان ، وأفتى ابن حارث اشهاد الاخ بأن لا حق له في جميع مـا

ذكر في اعلا الكتاب ، قاطع وحاسم لجميع ما فيه من ميراث في الاملاك المنصوصة ولما ذكر في ءاخر الوثيقة ، ويلزمه في جميع ذلك ما التزمه فيه. وليس له استثناء شيء اظهره من الجملة التي اظهرها قال البرزلي هذه كمسألة من خالع زوجته على شيء ، ثم عمم الابراء في جميع الدعاوي كلها ، ثم ادعت المرأة انه ما كان التعميم إلّا في احكام الخلع خاصة ، وادعى الزوج انه راجع الى جميع الدعاوي كلها ، مما يتعلق بالخلع وغيره فأفتى ابن رشد بارجاع العموم الى جميع الدعاوي ، وأفتى ابن الحاج بارجاعه الى احكام الخلع خاصة ؛ واختاره ابن مرزوق قائلا انه الحق الذي لا عوج فيه ولا امتا ، قال سيدي عمر الفاسي والقولان المذكوران كلاهما معمول به ، قضاء وفتيا ، ولهذا قال الزقاق

وان عمم الابراء والخلع سابق ❁ فقصر وتعميم جميعاً تأهلا

اي تأهل كل منهما لان يعمل به . وقال الشدادي ما اختاره ابن مرزوق هو الذي جرى به العمل، على ما صرح به الجزولي(١) في اختصاره لنوازل البرزلي. قال البرزلي : وهو عندي يجري على الخلاف في مسالة العام اذا ورد على سبب خاص. هل يقصر سببه او يعم وبحث فيه بعض شراح الزقاقية بأن الخلاف بين الاصوليين ، انما هو في العام المستقل ، والعام الوارد على الخلع ونحوه ليس بمستقل وحكى صاحب المعيار عن بعض المتاخرين من محققي شيوخه (وهو ابن مرزوق كما في شرح العمليات العامة) في هذه النازلة ، ان يسئل شهود الوثيقة ، فان قالوا صرحت بما عدا الصداق من الديون ، او قطعوا بفهم ذلك

---

(١) هو محمد بن سليمان بن داود الجزولي. ولد بجزولة ولقي بتونس حين دخلها . ابا القاسم البرزلي . مولده سنة ٨٠٦ وتوفي سنة ٨٦٣ - وليس الجزولي هذا صاحب دلائل الخيرات ؛ وان توافقا اسما واسم اب ونسبا وزمانا، اما شارح الرسالة فهو الشيخ عبد الرحمن الجزولي، وهو متقدم زمناً اذ توفي سنة ٧٤١ او سنة ٧٤٤

عنها ، قبلوا ان كانو اهلا وان تعذر سؤالهم ، سئلت المرأة ، فان قالت ما اردت إلا الصداق ، حلفت ، وثبت لها في ذمته ما عداه ، وقد اختلف فيها ببجاية ومصر وما كتبت به هو الذي ارتضيه ، اه.

ومثله في جواب للشيخ العربي الفاسي . (١) وقال البرزلي بعد ان ذكر الخلاف وهذا ما لم يعين السياق قصره او عمومه ، فان قصره او عممه ، حكم عليه بذلك ، وإلا جاء القولان. واما ان لم يجر ذلك على سبب ، فلا اشكال في العموم . اه انظر برنامج الشوارد وشراح اللامية.

ولو وقع ابراء عام ، بأن قال ابرأته مما لي قبله ؛ او من كل حق لي عليه ، او قال ابرأته ـ ولم يزد على ذلك ـ ثم قام يدعي عليه بحق ، وأقام بينة عليه؛ والرسم الذي وقع فيه الأبراء خال من ذلك ، لم يتعرض لاسقاط هذه البينة. فان علم تقدم البينة على البراءة ، او جهل ، فلا تقبل بينته ، وان عُلم ببينة ، ان الحق المدعى به ، بعد الابراء ، قبلت بينته ، هذا هو المشهور ، وهو معنى قولِ المختصر « وان ابرأ فلانا مما له قبله ؛ أو من كل حق ، او ابرأه ، بريء مطلقا ، ومن القذف والسرقة ، فلا تقبل دعواه ، وان بصك ؛ إلا ببينة انه بعده» اه. واما قول اللامية

ويقضى لخصم بعد نفي حقوقه ٭ ببينة والرسم من نفيها خلا

فمعترض ، كما لشراحه . وهو وان وافق ما لابن عات في طرره ، فمخالف للمعتمد ، والراجح ما افتى به ابن الضابط (٢) في المسألة ، ومن هنا يعلم ان ما ذهب اليه عظوم في برنامجه ؛ من احتمال التوفيق بين الكلامين ، لا ينبغي اعتماده.

---

(١) هو محمد العربي بن يوسف الفاسي : من بيت الفاسي الشهير . مولده سنة ٩٨٨ وتوفي بتطاون سنة ١٠٥٢

(٢) هو ابو عمرو عثمان بن ابي بكر حمود الصفاقسي المعروف بابن الضابط المحدث توفي سنة ٤٤٤

ولو عقد انسان انه لم يخلف عند فلان قريبه ؛ او عند ورثته ؛ مالا ولا عرضا ولاناضا فاختلف في سقوط اليمين عن المبرىء ؛ فكان بعضهم يرى سقوطها ؛ وبعضهم يرى وجوبها قاله ابن الحاج ؛ ونقله الونشريسي في نوازل المعيار من الاقرار قلت : والمسالة ترجع الى توجه يمين التهمة ؛ وقد علمت ان العمل بتوجهها مطلقا ولا يجوز للوصي ان يبريء عن المحجور البراءة العامة ؛ وانما يبريء عنه في المعينات . وكذلك المحجور لقرب ؛ رشده لا يبرئه إلا من المعينات ، ولا تنفعه المباراة العامة ، حتى يطول رشده ، كستة اشهر فأكثر . ولا يبريء القاضي الناظر في الاحباس المباراة العامة . وانما يبرؤه في المعينات ؛ وابراؤه عموما جهل من القضاة . كجعل القاضي الناظر مصدقا في كل ما يتولى دخله وخرجه ؛ دون بينة ، لثقته بالقيام به . فهو غير جائز ، لان اموال الاحباس كأموال الايتام . قاله البرزلي ونقله الحطاب صفحة ٢٣٣ ج ٥ - ويتبين بما نقلناه ، ان القاضي لا يأذن المقدم ان يحاسب نفسه بنفسه ، ولابد من البينة في دخله وخرجه . فما يفعله المقدمون اليوم في محاسباتهم ، لا يساعد عليه النظر المالكي .

الفصل الرابع

في الاسقاط

اسقاط الانسان لحق من حقوقه ، لازم له ، اذا كان اهلا للتبرع به ، وكان بعد وجوبه له وليس للمسقط الرجوع ، حيث لم يكن هناك عذر قوي فان كان ثمر عذر قوي ، كالزوجة تهب يومها لضرتها ، او لزوجها ، او تسقط حقها من القسم فان لها الرجوع متى شاءت ففي المدونة : اذا رضيت امرأة بترك ايامها ، وبالاثرة عليها ، على ان لا يطلقها ، جاز . ولها الرجوع متى شاءت فاما عدل او طلق . قال اللخمي وسواء كانت الهبة مقيدة بوقت ، او للابد ، لان ذلك مما يدركها فيه الغيرة ، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت ، إلّا اذا كان ما وهبته ، الزمن اليسير - كاليوم واليومين - فلا رجوع لها

واذا وهبت يومها لضرتها : اختصت به الموهوب لها وللزوج الامتناع ؛ لا للموهوبة ، لان الحق في الاستمتاع بالواهبة ، للزوج ؛ فلو جاز للموهوبة قبول هذه الهبة ، بغير رضى الزوج ؛ لسقط حق الزوج في متعته بالواهبة ؛ بغير رضاه ؛ وهذا باطل . وكذلك لو قبل الزوج الهبة ؛ لم يكن للموهوبة الامتناع من القبول ، لان له الاستمتاع بها في كل وقت ، وانما امتنع عليه لحق الزوجات الاخر ، فلما اسقطت احداهن يومها للاخرى ، ورضي الزوج بذلك ، جاز ، ولم يكن للموهوبة في ذلك مقال ولو وهبت المرأة يومها للزوج ، او اسقطت حقها من المبيت ، تصير كالعدم . وليس للزوج ان يخص يومها بواحدة من البواقي . انظر المسألة الرابعة من خاتمة التزامات الحطاب .

وتقييدنا لزوم سقوط الحق ؛ بما اذا كان بعد وجوبه للمسقط ؛ للاحتراز

عما اذا كان قبل وجوبه ، فانه يجري في سقوطه خلاف، وقد اختلف الترجيح في فروع هذا الاصل، وقد ساق منها الحطاب في التزاماته سبع عشرة مسألة: نقتصر منها على ست ؛ ونضيف اليها سابعة لم يذكرها الحطاب

المسألة الاولى اسقاط الشفعة قبل بيع الشريك ، لا يلزم، ففي كتاب الشفعة من المدونة : ولو قال للمبتاع قبل الشراء اشتر ؛ فقد سلمت لك الشفعة ؛ وأشهد بذلك، فله القيام بعد الشراء ، لانه سلّم ما لم يجب له ، وان سلّم بعد الشراء ، على مال اخذه ، جاز ، وان كان قبل الشراء ؛ بطل ؛ ورد المال ، وكان على شفعته، اهـ . قال ابن يونس لان من وهب ما لا يملك ؛ لم تصح هبته وقال اللخمي ويختلف اذا سلمها قبل الشراء ، وقال له اشتر، فاذا اشتريت فلا شفعة لي عليك فقيل لا يلزمه ذلك ، وله ان يستشفع ويجري فيها قول اخر انه لا شفعة له . قياسا على من قال ان اشتريت عبد فلان ؛ فهو حر ؛ او ان تزوجت فلانة فهي طالق ومن جعل لزوجته الخيار ان تزوج عليها ، فأسقطت ذلك الخيار ، قبل ان يتزوج عليها فقد قالوا ان ذلك لازم لها ، وهو في الشفعة ابين ؛ لانه ادخل المشتري في الشراء لمكان الترك، ولولا ذلك لم يشتر، فأشبه هبة قارنت البيع ولانه لو قال له اشتر ذلك الشقص والثمن عليّ ؛ فاشتراه يلزمه الثمن الذي اشتراه به ؛ لانه ادخله في الشراء وهذا قول مالك وابن القاسم. وهو في الشفعة ابين، اهـ . ولما كان القول المخرّج لا يقوى قوة القول المنصوص ، كان الراجح في مسألة سقوط الشفعة، عدم اللزوم، وقد قال ابو الحسن الصغير؛ قيل لابي عمران : اذا قال «ان وجبت لي الشفعة فقد سلمت لك» هل هي مثل مسألة الكتاب ، قال ذلك سواء ، ولا يلزمه شيء وقال ابن رشد اذا قال « ان كان فلان قد اشترى هذا الشقص بكذا ؛ فقد سلمت له الشفعة» فهذا يلزمه، ان كان قد اشترى فلان.

واما ان قـال «ان اشترى فلان الشقص ، فقد سلمت له الشفعة » فهذا لا يلزمه التسليم ؛ ان اشترى ؛ لانه اسقط حقه قبل ان يجب له.

المسألة الثانية - من اسقط ارثه من مورثه . او وهبه لشخص ءاخر . فان كان بعد موت مورثه ، او حال مرض مورثه المخوف الذي مات فيه، لزمه، ولم يكن له رجوع ؛ إلّا اذا ظنه يسيرا ، ثم بان انه كثير ، فيحلف على ذلك ؛ ولا يلزمه ، وان كان في صحة مورثه ، لم يلزمه ، وكان له الرجوع فان وهب الوارث ميراثه لمورثه ، فان لم يقض المورث فيه بشيء حتى مات ، رجع للواهب . وان قضى فيه بشيء ، جرى على وزان اجازة الورثة الوصية بأكثر من الثلث ، او لبعض الورثة ، ولهم ثلاثة احوال ، الاولى ؛ ان يكون ذلك في صحة المورث ؛ من غير سبب ، فاجازتهم غير لازمة لهم ، على الراجح كمن اعطى شيئا قبل ملكه ؛ او جريان سبب ملكه ، هكذا اشار اليه مالك في الموطا. وروي عن مالك ان ذلك لازم لهم ، الحالة الثانية ان يكون ذلك في الصحة . بسبب ؛ كالسفر والغـزو ؛ فروى ابن القـاسم في العتبية ان ذلك يلزمهـم ، وقاله ابن القاسم ، وقال ابن وهب (١) في العتبية كنت اقول هـذا ثم رجعت الى ان ذلك لا يلزمهم ، قال محمد وأصبغ وهو الصـواب ، واقتصر خليل في مختصره ، على القول بعدم اللزوم ؛ الذي رجحه اصبغ ، الحالة الثالثة، ان يكون ذلك في مرض المورث ، فـاذا كان المرض غير مخوف . فحكمه حكـم الاجازة في الصحة ؛ واذا كان مخوفا ؛ فان صح المورث منه ؛ لم تلزمهم الاجازة حتى يأذنوا له في المرض الثاني ، وان لم يصح المورث بعده ؛ لم تلزم الاجازة السفيه ؛ ولا الرشيد الذي في نفقـة الموصي ؛ كزوجتـه واولاده ؛ او له عليه

---

(١) هو عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي ؛ مولاهم الامام الكبير الجامع بين الفقه والحديث ، روى عن اربعمائة عالم وصحب مالكا عشرين سنة. وروى عنه سحنون وابن عبد الحكم وأصبغ وزونان وغيرهم مولده سنة ١٢٥ وتوفي بمصر سنة ١٩٧

دين ؛ او في سلطانه ، ولكن يحلف من في عيال الموصي ، من ولد كبير او غيره ، انه ما اجاز إلّا خوفا منه ، وتلزم البالغ الرشيد ، البائن عن الموصي الذي لا سلطان له عليه ولا نفقة ، فاذا قال لم اعلم ان لي رد الوصية ، فان كان مثله يجهل ذلك ، حلف ، ولم يلزمه ،

المسألة الثالثة - من شرط لزوجته ان تزوج عليها او تسرّى او اخرجها من بلدها ، فأمرها بيدها ، فتقول اشهدوا انه متى فعل زوجي ذلك ؛ فقد اخترت نفسي ، او اخترت زوجي ، فذلك يلزمها ، على المعروف من قول مالك . ولو شرط ذلك لها ، ثم اسقطت الشرط ، وأباحت له التزوج او التسري او الخروج ، فان كان بقرب ارادة فعل الزوج ، لزمها الاسقاط ؛ ولا رجوع لها ، وان تراخى فعل الزوج، كان لها الرجوع فيما أباحت له، قاله ابن القاسم في سماعه عن مالك، وبه الحكم، قاله ابن مغيث ونظمه صاحب العمل العام فقال

وان يملّكها معلقاً على ❁ فعل له فأذنت ان يفعلا
ليس لها الرجوع في ذلك ما ❁ لم يتراخ فعله وتندما

فلو كان الشرط طلاق الداخلة ؛ وعتق السرية ، فليس لها اسقاط ذلك ، انظر شرح العمل العام صفحة ٨٠

المسألة الرابعة - اذا ابرأت الزوجة زوجها من الصداق ، في نكاح التفويض ، قبل البناء ، وقبل ان يفرض لها ، قال ابن شاس (١) وابن الحاجب : يتخرج ذلك ، على الابراء مما جرى سبب وجوبه قبل حصول الوجوب ، واقتصر صاحب المختصر وصاحب الشامل على القول بأن ذلك لا يلزمها ،

---

(١) هو عبد الله بن محمد بن شاس بن نزار الجذامي السعدي من بيت امارة ألف الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ؛ على ترتيب وجيز الغزالي . وهو الذي اختصره ابن الحاجب توفي بدمياط مجاهدا سنة ٦١٠

المسألة الخامسة - اذا اسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل؛ ففي لزوم ذلك قولان واقتصر القرافي في الفرق ٣٣ على عدم اللزوم ، وحكاه عن الاصحاب ، وقبله ابن الشاط ؛ (١) وحمل عليه ابن غازي (٢) قول خليل في فصل الصداق « لا ان ابرأت قبل الفرض او اسقطت فرضاً قبل وجوبه » اهـ. لكن ما ذكره الموثقون المتيطي وغيره وعبد الحق في تهذيبه ، صريح في ان لزوم ذلك لها ، هو القول الراجح، وهو الذي جزم به الحطاب .

المسألة السادسة - اذا اسقطت المرأة حقها في الحضانة، فان كان ذلك بعد وجوبها لها ، لزمها الاسقاط ، وإلّا لم يلزم ، قال المشذالي (٣) قال لي ابن عرفة الفتوى عندنا ، فيمن خالع زوجته ، على ان تسقط هي وأمها الحضانة، انها لا تسقط في الجدة ، لانها اسقطت ما لم يجب لها، اهـ. ولو تأخر اسقاط الجدة عن اسقاط الام ، للزم ذلك ، لان الحق انتقل اليها بعد اسقاط الام، ففي المتيطية الذي عليه العمل ؛ وقاله غير واحد ان الام ، اذا أسقطت حقها في الحضانة ؛ بشرط في عقد المباراة ، ان ذلك يرجع للجدة والخالة ؛ وقاله ابو عمران ، وقال غيره من القرويين يسقط بذلك حق الجدة والخالة ؛ ولا

---

(١) هو قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الانصاري السبتي. من تآليفه انوار البروق على فروق القرافي توفي سنة ٧٢٣ ومولده سنة ٦٤٣

(٢) هو محمد بن احمد بن غازي العثماني المكناسي ثم الفاسي. شيخ العلماء بفاس. له تآليف قيمة من اشهرها تكميل التقييد وتحليل التقييد على المدونة كمّل تقييد ابي الحسن الصغير وله شرح على المختصر الخليلي مولده سنة ٨٤١ وتوفي سنة ٩١٩

(٣) هذا اللقب لجماعة من العلماء منهم عمران بن موسى المشذالي احد شيوخ المقري نقل الكثير من فتاويه الونشريسي في المعيار مولده سنة ٦٧٠ وتوفي سنة ٧٤٥ - ومنهم محمد بن ابي القاسم المشذالي البجائي ألف تكملة حاشية الوانوغي على المدونة واختصر البيان والتحصيل توفي ببجاية سنة ٨٦٦ - ومنهم الفضل محمد بن محمد المشذالي ؛ ابن المتقدم ذكره . مولده سنة ٨٢١ وتوفي بحلب سنة ٨٦٥ - وشقيقه محمد بن محمد المشذالي توفي سنة ٨٥٩

كلام لهما ، ولهذا قال ابن الفخار (٤) الصواب في عقد اسقاط الزوجة حضانة ابنها للزوج ؛ ان يكتب على ان سلمت اليه ابنها منه ؛ وأسقطت حضانتها فيه ؛ ثم قطعت امها فلانة او اختها ؛ حجتها فيما كان راجعا اليها من الحضانة ، فالتعبير يتعين ان يكون بثم ؛ دون الواو ونظم صاحب العَمَل المسألة فقال

وان يخالعها على ان تُسقطا ❁ مع امها حضانة ابن سقطا
حق المخالعة لا الام كما ❁ افتى بتونس الشيوخ العلما

واذا اسقطت الام حقها في الحضانة ؛ في حال العصمة ؛ لزمها ذلك ؛ لان الحضانة واجبة للام في حال العصمة ، وقد قال ابن عرفة في باب الحضانة « ومستحقها وابو الولد زوجان هما وفي افتراقهما اصناف » .

واذا خالع الزوج زوجته على اسقاط حضانتها ، وهي حامل ، فاستظهر الحطاب ان ذلك لازم لها . لقول العتبية وسئل مالك عمن صالح امرأته ، وهي حامل ؛ وشرط عليها ان لا نفقة عليه حتى تضع فاذا وضعت حملها اسلمته الى ابيه ، فاذا طلبته . فنفقته ورضاعه عليها حتى تفطمه ، فان لم تستقم له بذلك ؛ فهي امرأته ، قال مالك الصلح جائز ، وكل ما شرط جائز إلّا ما اشترط ترجع اليه ، فليست ترجع اليه . وقد بانت منه ، قال ابن رشد : هذا كله كما قال ، لان ما شرط عليها ، حق لها ؛ فجاز ان يشترطه عليها . حاشا الرجعة . اهـ .

المسألة السابعة : ـ اسقاط المستحق حقه في الحبس ، نافذ ولازم له ، ففي نوازل الحبس من الفتاوى الاجهورية سئل الاجهوري عن رجل بينه وبين اخوته منزل وقف من ابيهم ، فأشهد على نفسه انه لا حق له في هذا الوقف ، وأسقط حقه لاخوته ، فهل يصح الاسقاط ، وليس لورثته من بعده شيء ، أم

(٤) هو محمد بن يوسف بن الفخار ويعرف بابن بشكوال كان يحفظ المدونة والنوادر وله اختصار النوادر واختصار المبسوط للقاضي اسماعيل توفي ببلنسية سنة ٤١٩

لا لان غرض الواقف انتفاع الجميع بالوقف ، فأجاب يسقط حق من اسقط حقه من الوقف لاخوته : ما دام حيا ؛ ما لم يكن في شرط الواقف ما يخالف ذلك ، كما اذا شرط ان من اسقط حقه يخرج عن الوقف ؛ واذا مات فلورثته القيام بحقه بعد موته ، حيث كان ينتقل لهم ، فان كان ينتقل لغيرهم كان لذلك الغير القيام به ، اهـ ، وفي النوازل المذكورة ايضا ما نصه ذكر المحققون من شيوخنا ، ان حكم من اسقط حقه مما شرط له الواقف ، لم يقع التصريح به في المذهب ، في علمهم ، وأن بعض المحققين من اشياخهم ، اجراه على مسألة اسقاط الحضانة بناء على انها حق الحاضن ، وهو المعتمد ، قائلا فاذا كان له اسقاط ماجعله الله له ، فأولى اسقاط ما جعله له الشرع بجعل جاعل ، وقد ذكروا ان اسقاط الحضانة يقع على وجهين ، الاول ان يسقطها لمعين كالاب ، الثاني ان يسقطها ، ويطلق ، فيجري هذان الوجهان في هذه المسألة ، فاذا اسقط حقه لمعين من اهل الوقف ؛ فان اسقاطه صحيح ؛ ويتوقف على قبول المسقط له ، وهل ذلك بشرط ان يكون معينا اهلا ، كما اذا وقف عليه ؛ او لابد من القبول في هذا مطلقا . وفرق بين اصل الوقف عليه ؛ وبين اسقاط بعض الموقوف له حقه ؛ لان هذا انتقل الى باب الهبة ؛ ولابد فيها من القبول في فتاويه ان هذه المسالة تؤخذ من قول خليل في مختصره ؛ في باب الهبة « وصحت في كل مملوك ينقل » اذ المملوك شامل الذات والمنفعة ؛ ولا شك ان القدر المعين من الربع ؛ ملك لمن عين له . ويدل له ما ذكر في قول (المص) « والملك للواقف لا الغلة » اي فانها ملك للموقوف عليه . قال ؛ ثم رأيت للبرزلي ما يفيد ذلك ؛ وقد نقله عنه شيخنا البرموني في حاشيته اخر الباب ، واذا ما اسقطه وأطلق ؛ فهو بمنزلة قوله ؛ اسقطت حقي من هذا الوقف في كل حالة . فهو لم يقصد الاسقاط لمعين ؛ فهو تارة لا يتوقف على القبول اصلا ؛ كما اذا قال وهبت هذا للفقراء ؛ وتارة يتوقف

على قبول الموجود : كوهبت هذا لزيد وعمرو وأعقابهما . وجوّز ذلك كله وقد اخبرت ان بعضهم افتى ببطلان الاسقاط مطلقا ؛ لعدم تعيين المسقط له : وعهدته عليه . واعلم ان بعض الاسقاطات ، لا يشترط فيها القبول ، بل عدم الرد ، كاسقاط الشفعة والنفقة ، فحرره اهـ .



الفصــل الخامس

في الالتزام

الالتزام عرفا ، الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف، مطلقا ، او معلقا على شيء فهو بمعنى العطية ، وقد يطلق على التزام المعروف ، بلفظ الالتزام ، وهو الغالب في عرف الناس اليوم ، وقد يكون في مقابلة شيء ، فيكون من باب المعاوضة. فان لم يكن الالتزام في مقابلة شيء ، اشترط فيه ما يشترط في الهبــة ، وان كان من باب المعاوضة ، اشترط فيه ما يشترط فيهـا ، والالتزام اما ان يكون مطلقا ، او معلقا ، فانحصر الكلام فيه في مبحثين ،

المبحث الاول في الالتزام المطلـق

اذا الزم الشخص نفسه، شيئا من المعروف، كالصدقة والهبة والحبس والعارية والعمرى والاسكان ، لزمه ، وقضي به على الملتزم ، ان كان الملتزم له (بالفتح) معينا ، ولم يحصل للملتزم (بالكسر) مانع ، من موت او تفليس او مرض مخوف، قبل حوز الشيء الملتزم به ، فان حصل المانع بعد الحوز ، نفذ الالتزام ، كمـا اذا التزم شخــص لآخر ، السكنى في دار مدة ، فأسكنه اياها ثم مـات الملتزم ، لم تبطل السكنى لان الحوز قد حصل ، واما ان كان الملتزم له غير معين كالمساكين ، فالمشهور انه لا يقضى به ، ان امتنع الملتزم ،

ونذكر من فرع هذا الاصل ، مسائل في النفقة والوصية فمن مسائـل النفقة التزام الانفاق على شخص مدة معينة ، او مدة حياة المنفــق او المنفق عليه ، او حتى يقدم زيد ، او الى اجل مجهول ، فانه يلزمه ، مـا لم يفلس او

يمت . لان من التزم معروفا لزمه ، على مذهب مالك واصحابه . قاله ابن رشد . واختلف في دخول الكسوة في والنفقة. والذي جزم به ابن سهل في احكامه الكبرى والصغرى ، ان الملتزم ان قال لانية لي في مطعم ولا ملبس ، قضي عليه بهما ، وان قال اردت الاطعام خاصة ، صدق بدون يمين ، لان كل متطوع مصدق فيما يحتمله اللفظ . فلو التزم الانفاق على ءاخر ، فأنفق شهرا ، وقال هذا الذي اردت ، وطلب الآخر الانفاق مدة حياته ، صدق الملتزم . ولكون المتطوع مصدقا ، كان الاسترعاء ، بمعنى الاستحفاظ ، نافعا في التبرعات . وان لم تعرف البينة صدق المسترعي فيما يدعيه . اهـ من الالتزامات للحطاب .

وفي معين الحكام اذا طاع الزوج بنفقة ابن امرأته ، امد الزوجية ، جاز ؛ بعد ثبوت العقد . وان كان ذلك في العقد : لم يجز للغرر ؛ وفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده بصداق المثل ؛ ويبطل الشرط . فان كان لمدة معلومة : في اصل النكاح ؛ ومات الولد قبل المدة ؛ رجع ذلك الى الام ، وتأخذه على حساب ما شرطت . اهـ وقال ابن سلمون ان مات المتطوع ؛ سقط المتطوع به . وان كان لمدة معلومة، وبقي من المتطوع به شيء : لانها هبة لم تقبض ، ولا يرجع على الزوج بشيء منها . لانها معروف منه ، وصلة للربيب . ولم تترك الام من حقها شيئا . وقع ذلك للشيوخ ؛ فأجمعوا عليه سواء اكان ذلك طوعا او شرطا . اهـ . قال الحطاب ماذكره في المتطوع ظاهر . لان الهبة تبطل بموت الواهب قبل قبضها . واما اذا كان شرطا في العقد ، وأجزناه ، اذا كان لمدة معلومة ، على مارجحه ابن رشد ، فينبغي ان لا يسقط ، وان يحل بموت الزوج . اهـ.

ولو تزوجت المرأة رجلا ، وشرطت عليه نفقة الاولاد ، اجلا معلوما ، او تطوع به بعد العقد ، مدة الزوجية ، وأرادت الرجوع بذلك على ابيهم . فان كان ذلك مكتوبا من حقوقها بحيث لها الرجوع متى شاءت ؛ واسقاطه لزوجها ،

فلها ان ترجع بنفقتهم على ابيهم ، وان كان ذلك للولد ، فلا رجوع على ابيه بشيء ، هذا ما وقعت به الفتيا على ما قاله البرزلي ، قال البرزلي وهو جار على الاصول ، اذ في الصورة الاولى ، مال وهب لامه ؛ فاذا انفقته على الولد ، رجعت به على ابيه ، وفي الثانية ، مال وهب للولد ، فنفقته على نفسه ، لا على ابيه ، قال الحطاب : وللاب ان يمتنع من انفاق الزوج على الولد، اهـ.

ولو خالع الزوج زوجته ؛ على ان التزمت له مئونة حمل ، ان ظهر بها ، أو مئونة حمله الظاهر ، جاز ، وان التزمت له مع ذلك ارضاع الولد ومئونته الى فطامه ، جاز، ولزمها ، فان ماتت ، اخذ من تركتها ؛ ويوقف منها قدر مئونة الابن ، الى انقضاء المدة ، فان ولدت توأمين ؛ لزمها ارضاعهما ، فان مات الولد في خلال العامين ، فلا شيء للاب عليها ، لان المقصود من التزامها براءة الاب من مئونة ابنه ، هذا هو المشهور من المذهب ، وبه القضاء ، قاله في مختصر المتيطية ، قال ابن سلمون وللزوج محاصة غرماء المرأة ، بنفقة ابنه المشترطة في الخلع ، فان اعدمت الام في خلال المدة، فان النفقة تعود على الاب. ثم ان ايسرت، رجعت النفقة عليها ، وفي اتباع الوالد بما انفق على ابنه مدة عدمها، قولان، واتباعها بذلك هو المشهور ، والذي جرى به القضاء ، فان كانت اشهدت على نفسها انها موفورة المال؛ وأنها متى اثبتت انها عديمة، فذلك باطل ؛ فلا تنتفع بما يشهد لها من العدم، حتى يشهدوا بمعرفة ذهاب مالها ووفور حالها الذي اقرت به ، قاله ابن رشد ، اهـ، قال الحطاب وهذا حيث تكون المرأة مجهولة ، ولم يشهد بعدمها الا شاهدان او نحو ذلك ، اما ان كانت معلومة بالاعسار والعدم ، بحيث يشهد بذلك غالب من يعرفها ، ويغلب على الظن ان ما اشهدت به من الوفور كذب محض ، فلا يلتفت الى ما اشهدت به من الوفور، ولا الى قولها: انها متى اثبتت انها عديمة؛ ان ذلك باطل ، ويلزم الزوج الانفاق ، اهـ ،

ومن مسائل الوصايا ، الوصيـة اذا التزم فيها عدم الرجوع ، ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهـاء تونس ، مبني على ان الوصية من لوازمها الشرعيـة وخواصها صحة الرجوع عنها فهل يتنزل اللازم الشرعي منزلة اللازم العقلي، او لا، وتتفرع الى ثلاثة فروع الاول، الوصية التي التزم الموصي فيهـا مجرد عدم الرجوع مجملا، الثاني، الوصية التي التزم فيها ذلك ، مستندا لاختيار قول من قال بلزومه من العلماء ، الثالث، التزامه ذلك . ثم تأكيده اياه بقولـه « وأنه مهما او متى رجع ، كان رجوعه تجديداً للوصية أو تنفيذاً لحكمها » او نحـو ذلك من الالفاظ، فأما الفرع الاول، ففي لزوم مـا التزمه من عدم الرجوع اقوال اربعة ، اشار ابن عرفة الى ثلاثة منها بقوله في مختصره « فلو التزم عدم الرجوع، ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهـاء تونس، قال ابن علوان ثـالثها ان كانت بعتق لزم الالتزام المـذكور ، وان كان بغيره لم يلزم»، اهـ، الرابع اذا التزم فيها انه لا ينسخها . فلا ينسخها نسخ عام بعدها ، كقوله نسخ كل وصية قبلها ، إلّا بالنص عليهـا ، وللشيخ ابن عرفـة في مختصر الحوفي (١) لو التزم عدم الرجوع ، لزمه على المشهور ، وفي نسخة منه على الاصح ، وهو مـا ذهب اليه الشيخ ابو عمران الفاسي وابو اسحاق التونسي (٢) وعبد الحميد الصائغ. (٣) وبه افتى ابو القاسم احمد الغبريني والشيخ ابن عرفة وابو القـاسم القسنطيني(٤)

---

(١) هو ابو القاسم احمد بن محمد بن خلف الحوفي الاشبيلي كان من بيت علم وعدالة ؛ بصيرا بعقد الشروط ؛ فرضيا ماهرا ؛ له في الفرائض تصانيف :.كبير ومتوسط ومختصر ؛ وكلها بالغ من الاجادة الغاية توفي في شعبان سنة ٥٨٨

(٢) هو ابو اسحاق ابراهيم بن حسن بن اسحاق التونسي اخذ عن أبي عمران الفاسي . وأخذ عنه عبد الحميد الصائغ توفي بالقيروان سنة ٤٤٣

(٣) هو عبد الحميد بن محمد القيرواني المعروف بابن الصائغ. تفقه به الامام المازري وتوفي بالقيروان سنة ٤٨٦

(٤) هو ابو الفضل قاسم القسنطيني الوشتاتي التونسي؛ قاضي الجماعة بتونس وامام جامعها. اخذ عن ابن عرفة والغبريني والزعبي. واخذ عنه ابن ناجي. توفي سنة ٨٤٦ ـ او سنة ٨٤٧ وهناك عالم ءاخر يلقب بالقسنطيني وهو احمد بن يونس القسنطيني التونسي. تولى قضاء الانكحة بتونس. اخذ عن البرزلي والزنديوي. توفي سنة ٨٧٨

والشيخ عمر القلشاني الجد . (١) وهؤلاء من مشيخة فقهاء الدولة العثمانية (٢) بتونس ، والقول الثاني ، وهو عدم لزوم الالتزام اخذ من قول تخييرها لو قال انت طالق تطليقة لا رجعة لي فيها ، فله الرجعة ، وقوله لا رجعة لي فيها، ونيته، باطل، قال ابن ناجي في سابعة تخييره وفي سادسة ستور صغيره : وبهذا القول العمل ، وقال في رهون كبيره وبه الفتوى ، قال عظوم : ان اراد في عصره ، فمسلم ، وان اراد الاطلاق ، فمردود بفتاوى من تقدم .

واما الفرع الثاني ، وهو اذا التزم عدم الرجوع ، اختياراً لقول من قال بلزومه من العلماء ، فقال ابن ناجي في ستور صغيره : بعد ان ذكر فرع مجرد التزام عدم الرجوع: والاخذ من المدونة انه يرجع ، وبه العمل، وفتوى الشيخ ابي القاسم الغبريني ، انه لا يرجع قال واذا فرّعنا على الاول ؛ وأشهد على نفسه : انه عرف باختلاف العلماء فيها ، فأخذ بقول من رأى العمل بعدم الرجوع. فقال شيخنا ابو مهدي لا ينفعه ؛ ويرجع ، وقال شيخنا البرزلي لا يرجع، وبالاول اقول، اهـ، والتزام قول من الاقوال . اصل مختلف فيه بين الموثقين، ذهب ابن الهندي الى انه يقضى عليه بما قضى به على نفسه،وصوبه ابن بشير.(٣) وذهب ابن العطار الى انه لا يلزمه ذلك ، قائلا ليس له ان يتخير على الحاكم ؛ ويحكم على نفسه بقول قائل من اهل العلم ؛ حتى يكون الحاكم هو الذي يقضي بما ظهر له من الاختلاف في ذلك، ونظم صاحب العمل العام ما حكاه ابن ناجي من العمل فقال

---

(١) هو عمر بن محمد القلشاني التونسي . قاضي الجماعة بتونس وخطيب جامعها اخذ عن ابن عرفة والابّي والغبريني وآخذ عنه حلولو والرصاع توفي سنة ٨٤٧

(٢) يعني دولة ابي عثمان الحفصي

(٣) هو ابو الطاهر ابراهيم بن عبد الصمد ابن بشير التنوخي المهدوي اخذ عن السيوري وألّف كتاب التنبيه وكتاب جامع الامهات والتذهيب على التهذيب وكتاب المختصر. اكمله سنة ٥٢٦ ومات شهيدا

ومن يقل ليس لـه نزوع ❁ عما به اوصى له الرجوع
فيه ولو يكون فيما قيد ❁ عليه انه الشهود اشهد
بـأنه عرف خلف العلمـا ❁ فاختار من له انتفا العود انتمى

واما الفرع الثالث ، وهو ما اذا زاد الموصي في وصيته « انه مهما رجع عنها ؛ كان رجوعه تجديدا لها ، وتنفيذا لحكمها » فاختار عظوم في برنامجه : انه يلزمه الالتزام ، وأنه ينبغي ان يكون ذلك خارجا عن الخلاف وأطنب في الاستدلال على ذلك ، في مبحث الوصية من البرنامج ، فراجعه ان شئت. وبحث فيه الشيخ اسماعيل التميمي بما هو وجيه جدا. لكن جرى القضاء التونسي بما اختاره عظوم، من لزوم التزام عدم الرجوع ، اذا قال « ومتى رجع كان رجوعه تجديدا للوصية، وتنفيذا لحكمها » من زمن العلامة الشيخ الشاذلي ابن صالح كبير اهل الشورى رحمه الله الى زمننا هذا.

قال الحطاب وشبه مسألة الرجوع في الوصية ؛ مسألة اعتصار الابوين الهبة من ولدهما ؛ حيث يجوز لهما الاعتصار فلو التزم الواهب منهما عدم الاعتصار فالظاهر لزوم ذلك له ولم اقف عليه منصوصا ، اه ، قلت اذا كان الاعتصار من اللوازم الشرعية لهبة احد الابوين ولدهما لزم جريان الخلاف في المسألة ؛ بناء على ان اللازم الشرعي منزل منزلة اللازم العقلي ، ويستحيل وجود الملزوم بدون لازمه ، او غير منزل منزلته. اللهم إلا ان يقال الرجوع في الوصية لازم متفق عليه، بخلاف الاعتصار ، فمختلف فيه ، والحنفية لا يرون الاعتصار فيما يهبه احد الابوين لولده ؛ فلا يقاس الاعتصار على الرجوع ، لان المقيس عليه اقوى ، فتأمل ذلك ،

المبحث الثاني في الالتزام المعلق

الالتزام المعلق ، اما ان يعلق على فعل الملتزم ، أو الملتزم له ، أو غيرهما . فاما المعلق على فعل الملتزم فان كان القصد بالالتزام ، الامتناع من ذلك الفعل المعلق عليه ، ويسمى يمينا ، كقوله لزوجته ان تزوجت عليك فلك الف دينار ، فاختلف في القضاء به ، والمشهور من المذهب انه لا يقضى به ؛ سواء أكان الملتزم له معينا ؛ او غير معين . إلّا في العتق ؛ فانه يقضى به وان كان القصد بالالتزام حصول ذلك الفعل ؛ ويكون الشيء الذي التزمه شكر الله تعلى على حصوله ؛ كقوله : ان قدمت من هذا السفر فلفلان علي الف درهم ؛ او ان اتممت هذه الدار او هذا الكتاب ؛ فعلي كذا ـ ويسمى نذرا ـ فحكمه اللزوم؛ ويقضى به ان كان لمعين ؛ ولا يقضى به ان كان لغير معين ؛ على المشهور ومن امثلة اليمين ما في مفيد الحكام لو اشترط احد الخصمين لصاحبه : ان لم يوافه عند القاضي الى اجل سماه ؛ فدعواه باطلة ان كان مدعيا او دعوى خصمه حق ان كان مدعى عليه ، فيتخلف ؛ فلا يلزم هذا الشرط ؛ ولا يوجب حقا لم يجب؛ ولا يسقط حقا قدوجب قاله عيسى قال ابو الحسن ومن ذلك ما يقول الناس اليوم «من لم يحضر مجلس القاضي وقت كذا؛ فالحق عليه » لا يلزم من التزمه. اهـ لان ذلك من قبيل المخاطرة ؛ ليس فيه شيء من المعروف . وقال الحطاب : مثل ذلك قول احد الخصمين « ان لم ءات بالبينة ؛ او بمستند ؛ في وقت كذا ؛ فدعواي باطلة ؛ او دعوى خصمي حق » فهذا كله لا يلزم ولا اعلم فيه خلافا؛ فينبغي ان يحكم ببطلانه ؛ ولو حكم به حاكم إلّا ان يوجد قول باللزوم فيه. وقد كثر الحكم به من جهلة قضاة المالكية ؛ فينبغي التنبه له . واما اذا التزم المدعى عليه انه ان لم يوفه حقه في وقت كذا ؛ فله عليه كذا وكذا. فهذا لا يختلف في بطلانه ؛ لانه صريح الربا. وسواء أكان الشيء الملتزم به من

جنس الدين ؛ او غيره وسواء أكان شيئا معينا ؛ او منفعة . وليس من هذا قول احد الخصمين للاخر « ان لم اوافك عند السلطان ؛ فكراء دابتك علي » ثم يخلفه فقيل لا يلزمه ذلك ؛ وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ يلزمه ذلك وصوّبه ابن يونس ؛ لانه ادخله في غرم كراء الدابة ، بوعده ، فاذا اخلفه ؛ لزمه ما اوجبه على نفسه كمن قال « اشتر عبد فلان ، وأنا اعينك فيه بكذا » فاشتراه ، فان ذلك يلزمه ، لانه ادخله فيه ، بوعده . بخلاف ما قبله، فانه لم يدخله في غرم شيء

ومن ذلك ما افتى به ابن الحاج وابن رشد ـ في امرأة خالعت زوجها ، على ان حطت عنه جميع كالئها ، وعلى انها ان تزوجت قبل انقضاء عام من تاريخ الخلع ، فعليها مائه مثقال ـ ان الخلع جائز ، والشرط باطل ، ولها ان تتزوج قبل العام ، ولا شيء عليها قال الحطاب اي في القضاء ، وان كانت تؤمر بالوفاء بذلك ،

واما الالتزام المعلق على فعل الملتزم له فان كان الفعل غير اختياري ، كقوله لزوجته « ان ولدت غلاما فلك كذا وكذا » فحكمه اذا وجد المعلق عليه حكم الالتزام المطلق ، في اللزوم ، والقضاء به وان كان الفعل واجبا على الملتزم له ، كقوله « ان جئتني بمتاعي الضائع ، فلك كذا وكذا » وكان المتاع عنده ، او يعلم مكانه ، فان ذلك غير لازم للملتزم ، ولا يحكم عليه به ؛ وردّ ذلك واجب عليه ، وكذلك الاعلام بموضعه ، ولا يجوز ان يأخذ على نفسه شيئا ، لان ذلك من باب الجعل ، ومن شرطه ان لا يكون الفعل مما يلزم المجعول له عمله . فان كان الفعل واجبا كفائيا ، لزم الالتزام المعلق عليه، كقوله « ان غسلت هذا الميت، فلك كذا وكذا » ـ وقيد ابن رشد الصورة الاولى ، بما اذا لم يكن الملتزم يعلم ان ذلك الفعل يجب على الملتزم له ، ثم علق الالتزام عليه ، وإلّا لزمه الالتزام ويحمل على انه اراد ان يرغبه في الاتيان بذالك الفعل ،

كقوله « ان صليت الظهر اليوم ، فلك عندي كذا وكذا »

وان كان الفعل محرما على الملتزم له ، كقوله « ان قتلت فلانا ، او ان شربت الخمر ، فلك كذا وكذا » فحكمه ان ذلك غير لازم .

وان كان الفعل جائزا ، فان كان لا منفعة فيه لاحد كقوله « ان صعدت هذا الجبل، فلك كذا » لم يلزم الالتزام ، لانه من باب الجعل ، ويشترط فيه حصول المنفعة ، في العمل المجعول فيه ، على الراجح من القولين . وان كان الفعل فيه منفعة للملتزم ، فلا يخلو اما ان يكون الفعل المعلق عليه اعطاء الملتزم له ؛ للملتزم او لغيره ؛ شيئا ، او تمليكه اياه كقوله « ان اعطيتني دارك ، فلك عندي كذا » - لشيء يسميه - او « فقد اسقطت عنك الدين الذي لي عليك » فيكون من باب هبة الثواب ، التي هي بيع من البيوع ، وحينئذ يشترط ما يشترط فيها، واما ان يكون الفعل المعلق عليه اعطاء الملتزم له . للملتزم اوغيره . منفعة شيء ، كقوله « ان اسكنتني دارك سنة ، او سنين مسماة ، او اسكنت فلانا فيها ، سنة او سنين مسماة، فلك كذا » فيكون من باب الاجارة ، ويشترط فيها شروطها ، واما ان يكون الفعل المعلق عليه ، عملا يعمله الملتزم له ؛ للملتزم أو لغيره ؛ كقوله « ان حفرت لي بئرا في ارضي ، او ان جئت ببعير فلان ، فلك كذا » فيكون من باب الجعل ، ويشترط فيه شروطه ، واما ان يكون الفعل المعلق عليه ، ان يترك الملتزم له ، حقا من حقوقه ، لاجل ما التزمه له الملتزم نحو قول الشخص للحاضنة « ان اسقطت حقك من الحضانة ، فلك كذا » وكمسألة اعطاء الزوجة زوجها شيئا ، على ان لا يتزوج عليها ، وهذا يشبه ان يكون من باب الجعل ، فاذا اعطت الزوجة زوجها شيئا ، على ان لا يتزوج عليها ، او وضعت له شيئا من صداقها فالمنصوص في المسألة انه ان تزوج عليها ، فلها ان ترجع عليه ، سواء أتزوج عليها بالقرب ، أو بعد البعد.

وهو ظاهر المدونة وغيرها . واما اذا اعطته الزوجة شيئا ، على ان يطلق ضرتها ، فطلقها ثم اراد ان يراجعها ، فيفصّل في ذلك . بين القرب والبعد ، كما اذا اعطته زوجته مالا . على ان يمسكها ، ثم فارقها . فان كان فراقها بقرب العطية كان لها ان ترجع . وان كان فراقها بعد ان طال الامد ، وما يُرى انها بلغت الغرض في مقامها ، لم ترجع . وهكذا قال مالك فيمن اسقطت عن زوجها صداقها ؛ على ان لا يتزوج عليها ، فطلقها بحضرة ذلك ، فلها ان ترجع عليه ، وان طلقها بعد ذلك . فيما يرى انه لم يطلقها لمكان ذلك ؛ لم ترجع عليه . قال اصبغ إلّا ان يكون الطلاق بحدثان الاسقاط ، ليمين نزلت ، ولم يتعمد ، ولم يستأنف اليمين ، فلا شيء عليه ايضا . قال اللخمي : وأرى لها ان ترجع في عطيتها ، وان كان الطلاق ليمين حنث فيها ، لانها انما اسقطت صداقها لمعنى ، ولتبقى زوجة في عصمته ، فاذا لم يصح ذلك لها ، لم يلزمها ما اعطته . وما اختاره اللخمي مخالف لقول مالك وأصبغ . ولو سقطت حضانة الحاضنة ، بزواجها او غير ذلك ، ووجب للاب اخذ الولد منها ، فأرادت ابقاءه عندها ، على ان تلتزم نفقته ، فالتزامها لازم .

واما الالتزام المعلق على الفعل ، الذي فيه منفعة لغير الملتزم والملتزم له ، كقوله « ان وهبت ارضك لفلان ، فلك عندي كذا ، او إن اسكنته دارك سنة ، فلك عندي كذا » فهو اما من باب هبة الثواب ، او من باب الاجارة ، او باب الجعل ، فيشترط في كل نوع شروطه ، ومن هذا النوع ما اذا بذل شخص لرجل مالا ، على ان يطلق ذلك الرجل زوجته ، او التزم له بمال ان فعل ذلك ، فانه يلزمه بذل المال ، ويقع الطلاق بائنا ، كما ذكروه في باب الخلع ، ولذلك شرطوا في جوازه ، ان لا يكون القصد بذلك اضرار المرأة ، باسقاط نفقة العدة . قال القاضى ابن عبد السلام واما ما يفعله اهل الزمان في بلدنا ، من التزام

اجنبي ذلك ، وليس قصده إلّا اسقاط النفقة الواجبة في العدة للمطلقة على مطلقها ، فلا ينبغي ان يختلف في المنع منه ابتداء. وفي انتفاع المطلق به بعد وقوعه نظر .اهـ. وقال ابن عرفة : باذل الخلع ، من صح معروفه، والمذهب صحته من غير الزوجة مستقلا، قلت ما لم يقصد ضررها، باسقاطه نفقة ، فينبغي رده ، كشراء دين العدو، وفيها من قال لرجل « طلق امرأتك ، ولك علي الف درهم » ففعل، لزم ذلك ، الرجل، قال الحطاب: ومقتضى قول ابن عرفة « ينبغي رده » ان يبطل الالتزام ، ويقع الطلاق رجعيا، وهذا هو الظاهر .اهـ.

واما الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له ، فحكمه حكم الالتزام المطلق ، يقضي به ، اذا وجد المعلق عليه ، وكان الملتزم له معينا، ولا يقضى به، ان كان الملتزم له غير معين، ومن امثلته ما وقع في اول رسم «ان خرجت» من سماع عيسى، من كتاب الصدقات والهبات، في امرأة تركت زوجها وولدها وبنتا منه وأباها ، وتركت متاعا وحليا وصداقا على زوجها ، فقال ابوها للزوج « ان تصدقت بنصابك منها من صداقها وحليها ومتاع وغيره ، على ولديها ، فميراثي منها في جميع ما تركت ، صدقة عليهما» فقال الزوج « تصدقت بجميع نصابي عليهما» وأشهد لهما بذلك ، فمات الجد ـ وهو ابو الزوجة ـ ومات ابو الولدين ، والصبيّان طفلان ؛ والمتاع والحلي وجميع ما تركت ، بيد ابيهما ، والصداق عليه كما هو ، قال ابن عبد الرحمن (١) اما ما تركت من المتاع والحلي ، فهو لهما، لان حوز ابيهما لهما ، حوز ، واما الصداق ، فليس لهما منه شيء ، لا من نصيب جدهما ، ولا من نصيب ابيهما ؛ لان الجد انما تصدق عليهما على ان يتصدق ابوهما عليهما ؛ فاذا لم يتصدق ابوهما عليهما، فليس لهما من صدقة جدهما شيء؛ اذ لم يعزل ذلك لهما الاب ؛ ويجعله على يد غيره لان الاب اذا تصدق على ولده بناض لم تجز صدقته ؛ إلّا ان يجعل ذلك على يد غيره اهـ. وقبله ابن رشد ،

---

(١) هو ابو بكر بن عبد الرحمن ، المترجم له في هامش صفحة ٨٥

الفصل السـادس

في الشهـادات وفيـه مباحث

المبحث الاول في شروط قبول الشهادة وذكر موانعها

الشاهد حال تحمله الشهادة ؛ لا يشترط فيه إلّا المميز والضبط . وحال الاداء؛ يشترط فيه البلوغ والعقل والحرية والاسلام والعـدالة ، واختلف هل من شرطه الرشد ؛ فروى اشهب عن مالك ان شهادة المولّى عليه جائزة ، ان كان عدلا ، وهي رواية ابن عبد الحكم (١) ايضا عنه، وقال اشهب لا تجـوز شهادته ، وان كان مثله لو طُلب ماله أُعطيَهُ واختاره ابن المواز وابن عبد السلام ،قال ابن عبد السلام لان سوء التصرف في المال ، الموجب للولايـة ، يدل على عدم كمال العقل ، والضعف عن مقاومة الشهوات وذلك مظنة عـدم الضبط لكن زيادة اشهب ، في قوله وان كان الخ ، غير بينة، اهـ، وذكر في البـيان ان قول اشهب هو الذي يأتي على المشهور من قول مالك وأصحابه ، ان المولى عليه لا تنفذ اقواله ، واقتصر في المختصر على عدم القبول ، وذكر المتيطي ان به العمل ، ونظمه صاحب العمل العام بقوله

ولا تجز شهـادة المـولّى ❀ عليه فالمحجور ليس اهلا

ولو يكون مثلـه لو طلب ❀ اخذ متاعه ينـال المطلب

---

(١) هو عبد الله بن عبد الحكم بن اعين افضت اليه الرئاسة بعد اشهب روى الموطا عن مالك ، وكان من اعلم اصحابه بمختلف قوله اخذ عنه ابن المواز وابن حبيب والربيع ابن سليمان وابن نمير له المختصر الكبير والاوسط والصغير ولد بمصر سنة ١٥٥هـ وتوفي بها سنة ٢١٤

واما موانعها فستة ،

الاول التغفل ، إلّا فيما لا يلبس ،

الثاني تأكد القرابة ، لان تأكدها يوجب تهمة الشاهد في استجلاب النفع لقريبه ؛ فلا تقبل شهادته،ويندرج تحت خبر « لاتجوز شهادة خصم ولاظنين» وتأكد القرابةفي شهادةالاصل،وان علا،لفرعه .وعكسه،وشهادة احد الزوجين للآخر، وشهادتهما لزوج ابنتهما ، ولزوجة ولدهما ، وشهادة زوج البنت لهما ؛ وزوجة الولد لهما ؛ وشهادة احد الزوجين لربيبه ، وشهادة الربيب لزوج امه او زوجة ابيه ،. وتجوز شهادة احد الابوين لولده على ولده الآخر ما لم يظهر ميل للمشهود له ؛ فلا تقبل حينئذ ،كما اذ اشهد للصغير على الكبير ، او للبار على العاق وتجوز شهادة الولد لاحد ابويه على الآخر ، ما لم يظهر ميل للمشهود له ، فلو شهد الولد على بيه بطلاق امه ؛ جازت شهادته ، ولو شهد بطلاق غير امه ، لم تجز ؛ ان كانت امه في عصمة ابيه ؛ او حية مطلقة ؛ وتجوز ان كانت ميتة ، ولو شهد لابيه على جده ؛ او لولده على ولد ولده ؛ لم تجز ، ولو كانت على العكس ؛ جازت، وتجوز شهادة الابن مع ابيه وتعتبر تامة ، على ما به العمل عندنا ، خلافا لما في المختصر الخليلي من انها واحدة ، وفي العمليات العامة

شهادة الاب والابن واحدة ❀ وقيل ثنتان لكل فائدة

كلا المقالين جرى العمل به ❀ لكنما الاخير اقوى فانتبه

ومثل ذلك شهادة احدهما عند الآخر ؛ وشهادة احدهما على حكم الآخر ؛ وشهادة احدهما على شهادة الآخر واما تعديل احدهما للآخر ؛ فلا يجوز وتجوز شهادة الاخ لاخيه ، بشرط التبريز في العدالة ، على المعتمد ، كما في الزرقاني وقال ابن ناجي به الفتوى وبشرط ان لا يكون في عياله ، كما في الحطاب وبشرط انتفاء التهمة ؛ فلا تقبل فيما ينفي عنه وصمة ، او يدفع

عنه محنة ؛ او نكاح من يشرف بنكاحها : او لها يسار والمشهود له فقير

المانع الثالث تهمة جر النفع لنفسه ؛ او دفع الضرر عنها

المانع الرابع العداوة الناشئة عن امور الدنيا. فلا تقبل شهادة العدو على عدوه، ولا على ابن عدوه ؛ لتهمة ان يكون قصد بشهادته على احدهما ؛ الانتقام والتشفي. ولا تضر تهمة الجر والدفع والعداوة؛ اذا حدثت بعد اداء الشهادة وقبل الحكم بها كما لو شهد لامرأة اجنبية عنه بحق ، ولم يحكم بشهادته حتى تزوجها ، فلا تبطل شهادته ، إلّا ان يثبت انه كان خطبها قبل ذلك او شهد على رجل انه كان طلقها البتة ، ثم تزوجها ، وثبت انه خطبها قبل ذلك . قال ابن ناجي في شهادات كبيره اثر شهادة الاصهار قال اصبغ في العتبية: من ثبتت شهادته عند قاض لامرأة ، فلم يحكم بها حتى تزوجها الشاهد ، لم تبطل شهادته. بخلاف الوصية لغير وارث ، ثم يصير وارثا يوم الموت ، فلا تجوز الوصية. والفرق ان رد الشاهد معلل بالظنة ، وهي في الزوجة انما حدثت بعد الشهادة ، والوصية ينظر فيها يوم تجب ، وذلك بعد الموت . واخبرنا بعض شيوخنا القضاة، انبعض شيوخه المحصلين المفتين ، كان وقّف عن الشهادة ، بسبب انه شهد باسترعاء لامرأة بحق ، ثم تزوجها وفهمنا منه ، بذكره هذا ، زجر الطلبة عن ترك التحفظ ، ولو وافق بتركه قولا منصوصا بمذهبه ابن ناجي عزل هذا الشاهد ظلم من فاعله ، لان قول اصبغ هو المذهب ، وهو ظاهر قولها « ولا احد الزوجين لصاحبه » وحالة شهادته، لم تكن زوجة له قط ، فلا يتهم، إلّا ان تكون قرينة كبعث من يخطبها له ، ثم يشهد لها ، ثم يعقد عليها فشهادته تبطل ، كما تمم به ابن رشد قول اصبغ . ثم لا يلزم من بطلان شهادته ؛ عزله . ونزلت في احكامي بباجة ؛ مسالة من هذا طرأت امرأة من المشرق علينا ، وأقامت بها اشهرا ؛ ثم ارادت التزوج ؛ بعمل سببها ؛ شهد فيها

من قُبلته: ثم تزوجها رجل ممن شهد لها: فلم اعرض له، عملا بما ذكرته.اه.
قال عظوم في برنامج الشوارد، وانظر هل كتب شهادته، يعد بمنزلة الاداء، كما صرح به في مختصر الحديرية، فطرو أحد هذه الامور الثلاثة بعده، لا يؤثر اه. قلت عملنا اليوم على اعتبار الكتابة بمنزلة الاداء، حتى ان القاضي يعتمد على الوثائق التي بها عقود العدول، من غير ان يؤدوها عنده

واذا كانت الشهادة بأشياء، ورُدَّ بعضها للتهمة، رُدَّت كلها، على المشهور واذا رُدَّ بعضها للسنة، يمضي منها ما لا ترده السنة كما اذا رُدَّت لانفراد الشاهد، يمضي منها ما يجوز بالواحد، كالشاهد بوصية بعتق، ووصايا لقوم، فيحلفون ويستحقون من الثلث، بعد اخراج قيمة الرقبة منه ومن الرد للتهمة، شهادة الرجل لنفسه؛ ولغيره، في وصية. وقد كثر فيها الاختلاف والذي اقتصر عليه صاحب المختصر، مضيها فيما لا يتهم فيه، كأن يوصي له بالشيء التافه، فتجوز له ولغيره، وردها في الكثير، فلا تجوز له ولا لغيره.

المانع الخامس: - الحرص، اما على ازالة النقص، واما على التأسي، واما على الاداء. واما على القبول.

فالحرص على ازالة النقص، كمن ادى شهادة، فَرُدَّت لفسق او صبا، ثم بعد زوال المانع الموجب للرد، شهد بها مرة ثانية، فلا يقبل، لانه يتّهم ان يزيل عن نفسه عار النقص الذي لحقه، بسبب رد شهادته والنفس - كما قال مالك - مجبولة على ذلك.

والحرص على التاسي؛ اي على ان يكثر امثاله؛ من المتّصفين بمثل ما اتصف به من النقص؛ حتى اذا عُيّر؛ وجد الكثير من امثاله؛ فيخف عليه الامر؛ لان الشيء اذا كثر؛ يقل استقباحه عادة. وهذا كشهادة ولد الزنى في الزنى، فلا يقبل في شهادته به على احد؛ وان كان عدلا لانه يتّهم بتكثير امثاله؛ ليستخف

ما لحقه من العار لاجله . ومثله شهادة من حُـدَّ في كبيرة ؛ خمر ، او قذف ، او زنى فاذا تاب لم تقبل شهادته فيمـا حُـدَّ فيه

والحرص على الاداء ؛ كمبادرته لرفع شهادته للقاضي ؛ فيما هو حق ءادمي محض ؛ قبل ان يسأله صاحب الحق ، تلك الشهادة . والتقييد بحق الآدمي المحض ؛ للاحتراز عما فيه الحقان فان الرفع قبل السؤال ؛ لا يضر لاجل ما فيه من حق الله . وهذا كالوقف على معينين ثم بعدهم للمسجد. واما فيما هو حق من حقوق الله المحضة ؛ ففيه تفصيل : بين ما يستدام فيه التحريم؛ وغيره. فالاول تجب المبادرة فيه الى الرفع : في اول الازمنة الممكنة ؛ ومتى اخَّر الرفع في ذلك ؛ كان التأخير جرحة في شهادته ؛ لتركه الواجب . ومثاله ان يعلم تطليق الرجل امرأته ثلاثا ؛ ثم يجحدها ويستمر على وطئها ، او ان يرى وقفا على مسجد ؛ بيد من يتصرف فيه بغير حق . والثاني مخير في الرفع فيه ، كما لو رأى رجلا يزنى بامرأة ؛ مرة من الدهر ؛ فالرفع قبل الطلب لا يقدح ، لانه من تغيير المنكر ، وترك الرفع لا يقدح ، لانه ينقضي في الحال ، ولا يستدام فيه التحريم ، بل الترك اولى ، للستر ، وما ذكرناه من بطلان الشهادة ، بالمبادرة الى الرفع قبل السؤال ، في حق الآدمي المحض ، هو ما في المختصر ، وقال المحقق ابن مرزوق في شرحه له لم اره منصوصا على هذا الوجه ، إلّا لابن الحاجب وابن شاس ، وحكاه المازري عن الشافعية ، والذي تقتضيه نصوص المذهب ، خلاف ذلك ، وانه ان رفعها قبل الطلب ، لم يقدح ذلك فيها ، بل ان لم يكن فعلا مندوبا ، فلا اقل من ان لا تُرد ، وانما اختلفوا اذا رأى حقا لآدمي ، يتصرف فيه غير مالكه ، وسكت ولم يرفع ذلك ، هل يكون ذلك جرحة فيه ، مطلقا ، او في تلك الشهادة خاصة ، او لا يكون جرحة ، وما ذكرناه من ان نصوص المذهب تقتضي ان الرفع قبل الطلب لا يقدح ، هو مقتضى ما اخرجه مالك في الموطا ، ومُسلم ؛ من حديث

زيد بن خالد الجهني « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الا اخبركم بخير الشهداء، الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » قال الباجي (١) قال مالك في المجموعة وغيرها معنى الحديث ان يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها ، فيخبره بها ، ويؤديها له عند الحاكم. اهـ. فظاهر قوله « ويؤديها له عند الحاكم » اعم من ان يكون بعد طلبه بذلك ؛ ام لا، ومثل هذا التفسير ، نقل في الاحكام، وزاد : وقيل يحتمل ان يكون فيما لا يختص بحقوق آدمي، ويكون من حقوق الله ، التي لا ينبغي السكوت عليها، قال ابن مرزوق : والاصل العموم ؛ لان في الجميع تغيير المنكر، اذ ترك الانكار على من يتصرف في مال الغير بغير حق ؛ مع القدرة على دفعه بالشهادة عليه ، تمكين من المعصية، وهو لا يحل، واذا كان اعلامه ربها قبل الطلب ، لا يعد حرصا على الشهادة ، فكذا اعلامه الحاكم قبل الطلب، بل اعلامه الحاكم قبل طلب صاحبها اولى ، لقدرة الحاكم على ايقاف الشيء المشهود فيه سريعا ؛ ان كان يستحق الايقاف ، وقام صاحب الحق به ، ويحال بينه وبين من هو في يده سريعا ، فيحصل الغرض من التغيير. ولا يخالف ما ذكر، قول الباجي « يحتمل ان يكون المعنى اذا سئلها بادر لادائها» ولم يحتج الى تكرير السؤال، لا انه يأتي الحاكم بها ، قبل سؤاله، لانه لا يسمعها منه ، ان لم يقم صاحب الحق بها. اهـ، لانه لم ينف سماع الحاكم اياها بالاطلاق ، بل قال « ان لم يقم صاحب الحق بها » ومفهومه انه ان قام بعد ادائه اياها ، وبعد ان قام صاحب الحق ، وأدى الشاهد ولم يسأله ذلك صاحب الحق - انه يسمعها، وانما لم يسمعها الحاكم ان لم يقم صاحب الحق ، لأن الحاكم لا يتولى اثبات الحق لصاحبه ، ولا يُمكن من ذلك احدا إلّا بإذنه،

---

(١) هو القاضي ابو الوليد الباجي سليمان بن خلف التميمي له مناظرات مع ابن حزم . ألّف نحو الثلاثين تأليفا ؛ من اشهرها وأحسنها المنتقى. ولده سنة ٤٠٣ وتوفي سنة ٤٧٤

ثم عدم سماع الحاكم اياها ، لا يدل على ابطالها ان قام بها صاحب الحق بعد ذلك، وهذا هو محل النزاع ، وبالجملة ، لم ار نصا على انها تبطل ، برفعها للحاكم قبل طلبه بها ، إلّا لمن ذكرت، ثم ساق نصوصا من ابن يونس والمجموعة العتبية، تقتضي الاختلاف في التجريح ، بترك الرفع في حقوق الآدميين، استوعبه صاحب الاكمال في قوله اختلف مذهبنا في تجريحه ، بسكوته على الشهادة بحقوق الآدميين ، وترك رفعها ، وهو يرى حقوقهم بيد غيرهم ، وصاحب الحق حاضر غير عالم، فذكر بعضهم ان ابن القاسم يرى ذلك جرحة مطلقا ، ورأى بعضهم ان ذلك جرحة في الشهادة نفسها ، لا في الشاهد، وقيل انما تكون جرحة ، اذا رأى صاحب الحق صالح عن حقه ، واضطر الى شهادته ، ولم يعرّفه بها ، حتى بطل حقه، واما بمجرد سكوته ، فلا، اذ لعله لا يطلبه، او وهبه ، او باعه لمن هو في يده، واما سحنون ومن وافقه ، فيرى القيام بالشهادة ، وان طال حوزها على الشاهد، إلّا فيما كان من حق الله، اه، ونقل كلام الاكمال ، الابّي في شرح مسلم في الجزء الخامس صفحة ٢٤ وعقَّبه بقول القرطبي « قوله جرحة في الشهادة لا في الشاهد ، ليس بشيء، لان موجب جرحته ، فسقه لعدم رفعه ، والفسق مانع بالاطلاق » قال الابي : ولو تحمل انسان شهادة، ثم طلب بادائها ، فقال « لا اعرض بنفسي، اذ لعل القاضي لا يقبلني ، او لعلي لا ازكّى » فكان الشيخ (يعني ابن عرفه) يقول : ان تحملها اختيارا ، فلا حجة له بذلك ، وان لم يتحملها اختيارا ، فهو في سعة، اه، انظر صفحة ٢٥ من الجزء الخامس من شرح الابي ، الطبعة المصرية،

والحرص على قبول شهادته ، كمخاصمة المشهود عليه حال اداء الشهادة عليه؛ سواء أكانت الشهادة بحق الله ، او بحق الآدمي ، وكشهادته وحلفه ان ما شهد به حق ، في حق الله او في حق الادمي وعلل المازري القدح في هذه الشهادة :

بكون اليمين كالعَلَم على التعصب والحمية وشدة الحرص على انفاذها . واستثنى ابن عبد السلام ممن يقدح في شهادته لاجل حلفه، العوام ، فانهم يتسامحون في ذلك؛ فينبغي ان يعذروا قال ابن مرزوق وحديث الصحيحين « ثم يأتي قوم تسبق شهادة احدهم يمينه، ويمينه شهادته » يدل على ابطال الشهادة المقترنة باليمين ، لانه في معرض الذم لمن يأتي في ءاخر الزمان، اهـ.

وليس من الحرص الموجب للرد ، الحرص على التحمل ، كشهادة المختفي بغير قادح وفي كافي ابن عبد البر لا ينبغي لاحد دعي الى الاستتار بالشهادة؛ ان يجيب اليه ؛ إلّا ان يضطر، فان ابتلي بذلك ، فلا يشهد حتى يستوفي ءاخر الكلام من المقر ، وأوله ، ويشهد للذي دعاه عليه ، وان كان المقر ضعيفاً او مخدوعاً او مروّعاً ؛ لم تقبل شهادتهم عليه ، وعليه اليمين انه ما كان اقراره إلّا لبعض ما ذكرناه ، وان لم يكن ذلك ، ثبت عليه الحق، لان من الناس من يُقرّ في الخلاء ، ولا يقر في الملأ ، ومن عرف ذلك منه ؛ جاز ان يستتر له ، ليسمع اقراره، اهـ، قال الشيخ عمر الفاسي الشهادة على المقر من غير اشهاد، يلزم ان يقيد بغير من يخشى ان يخدع ، لضعفه وجهله ، في شهادة الاختفاء ، وبغير المتوسط بين اثنين؛ فلا تقبل بدون اشهاد، اهـ، وقد نقل في المسائل الملقوطة، عنْ الكافي والمنتقى: ان شهادة المتوسط ، الذي يدخل بين اثنين بالصلح ، لايجوز، وان استوعب كلامهما، اهـ، ومثله في الزرقاني ؛ معللا بأنها تشبه الشهادة على فعل نفسه، وسلّمه بناني ، لكن قال الرهوني الظاهر ان شهادة المصلح كشهادة الخاطب، فيكون فيها ثلاثة اقوال ، ويكون الصواب جوازها، اهـ، قال مهدي في حاشيته على شرح التحفة للتاودي وهذا الاستظهار مخالف للمنصوص، كما ترى ، لانه لم يؤيده بنص ، قلت وهو قصور ففي الحدود في الزنى من المدونة ؛ قيل له رجلان تنازعا في امر ، فأدخل بينهما رجلين على ان لا يشهدا بما سمعا

منهما ؛ فيقرّان ، ثم يفترقان ويتجاحدان ، قال فليعذر الشاهدان اليهما ، ولا يعجلا ؛ فان تماديا على الجحد ؛ فليشهدا عليهما قال ابن ناجي في كبيره : مثال ذلك ان يقول احدهما « لك علي كذا » ويقول الآخر « لك انت ايضا كذا » ثم يتجاحدان ، واستشكل ابن ناجي جوازها : بأن كل واحد منهما ، يقول « ما شهدا لي به حق ، وما شهدا به علي باطل » فكان كل واحد منهما مكذبا لهذه البينة ، فلا تصح شهادتهما لهما وقال عبد الحق (١) الصواب قول عبد الملك ورواية ابن نافع انهما لا يشهدان ، عملا بشرطهما ، وكان شيخنا البرزلي ، نصب نفسه للصلح بين الناس بتونس ، فكان يصلح بينهم ، ولا يشهد ، عملا بقول عبد الملك ، لانه اذا شهد ، نفر الناس عنه ، فكان يشترط ان لا يشهد بما يسمعه منهما ، فانتفع الناس به كثيرا في مسائلهم ، الصغار والكبار ، اه ، وقال ابن مرزوق في شرح المختصر : قال اللخمي اختلف ان جلسا للمحاسبة ، وأجلسا معهما رجلين ، على ان لا يشهدا بينهما هل يشهدان وأن تجوز شهادتهما في كل هذا ، اصوب . وليست هذه بشهادة سماع ولا يحتاج في هذا الى اذن ، اه ، فكلام المدونة واللخمي ، صريح فيما استظهره الرهوني. قال الشريف في حواشي الزقاقية وقد اتفق لي وقوع هذه النازلة سنة ١٢٢٥ وذلك ان رجلين من اهل الساحل ، تنازعا في اثاث تخلف عن امرأة ، هي زوجة لاحدهما ، وأخت للآخر ، وادعى كل واحد منهما على الآخر بأشياء من اثاثها المخلف عنها فندبتهما للرجوع الى الحق ، والاقرار بما في قبل كل واحد ؛ واشترطت لهما عدم الاشهاد بما يعترفان به ، ترغيبا في رجوعهما الى

---

(١) هو عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي القرشي الصقلي تفقه بشيوخ القيروان كأبي عمران الفاسي وأبي بكر بن عبد الرحمن ؛ وبشيوخ صقلية . وحج ولقي القاضي عبد الوهاب . ومن اشهر كتبه النكت والفروق لمسائل المدونة وله الاستدراكات على تهذيب البراذعي توفي بالاسكندرية سنة ٤٦٦ :

الحق، فاعترف كل واحد منهما، بما في قبله، ثم إنهما تناكرا، وترافعا الى الشيخ المفتي ابي عبد الله محمد المحجوب، (١) فأرسل الي؛ وطلب مني الشهادة بما في علمي، مما سمعته منهما، فقلت له اني قد اشترطت لهما عدم الشهادة، فأرسلهما الي، لنصالح بينهما؛ فندبتهما للصلح؛ فامتنعا، فوعظتهما، وذكّرت كلاًّ بما سمعت منه. فلم تنجع الموعظة فيهما فعند ذلك اديت شهادتي بعد طلبها مني. وأنهيتها للشيخ المذكور؛ فصالح بينهما. اهـ.

المانع السادس - الاستبعاد والاصل فيه؛ حديث لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية وقد اخرجه ابو داود، من حديث ابي هريرة، وقال النسائي في هذا الحديث ليس بالقوي، ومحمله على ما يستبعد ويستراب، ففي رسم القبلة من سماع ابن القاسم في شهادة البدوي ما نصه اما في الحقوق فاني لا اراها جائزة، وذلك ان الناس لا يتركون العدول والذي يشهد بدويا؛ ويترك جيرانه من اهل الحضر، عندي مريب واما الجراح، فاني ارى؛ اذا كان البدوي عدلا، ان تجوز شهادته ابن رشد هذا فيما يقصد الى شهادتهم دون اهل الحاضرة؛ فيما يقع في الحاضرة، من البياعات والمناكحات والهبات وما اشبه ذلك، لان القصد الى شهادتهم دون اهل الحاضرة، ريبة، فلا شهادة للبدوي في الحضر على حضري، ولا على بدوي لحضري، ولا لبدوي؛ إلّا في الجراح والقتل والزنى وما اشبه ذلك، مما لا يقصد الى الاشهاد، وتجوز شهادتهم فيما فى البادية من ذلك كله على الحضري والبدوي، اذا كانوا عدولا: اذ لا ريبة في القصد الى شهادتهم في البادية هذا تحصيل القول في هذه المسألة، على معنى هذه الرواية، اهـ، ونقله في المجالس المكناسية، ونقل صاحب

---

(١) هو محمد بن قاسم المحجوب المساكني التونسي كان حافظا للمذهب تقدم للفتيا مع ابيه ثم تولى رئاسة المفتين اخذ عن والده والشحمي والفرياني وغيرهم. وتوفي سنة ١٢٤٣

الدرر المكنونة ان ابا الفضل قاسم العقباني، سئل عن رجل متردد الى البادية. له فيها ضيعة ، يكثر التردد اليها ، ويسكن هنالك بأهله احيانا ، مات ؛ فادعى خاله الذي هو من اهل ذلك الموضع ، ان الميت اوصى له ؛ وشهد بذلك ناس من اهل ذلك الموضع فهل تعمل شهادتهم . ام لا ؛ لانهم من اهل البادية فأجاب الشهادة في مسألتك ، من البدويين عاملة ؛ لما كان هذا المشهد كثير التردد الى البادية ؛ وينقطع فيها بعض احيان ويسكن ، اذ لا يستبعد في مثل هذا ان يقع اشهاده في البادية ، قاله ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن المواز. ويحمل الخبر الوارد في هذا ، على ما يستبعد ويستراب ، كالحضري يشهد في حاضرته البادين ، ويترك جيرانه من الحضر . اه . وللاستبعاد لاتقبل الشهادات الاسترعائية من اللفيف ، فيما جرت العادة ان يقصد فيه العدول المنتصبون للاشهاد ، للتوثق فاذا ادعى انسان على شريكه في ارض مشاعة بينهما ، انه وقعت القسمة بينهما ، وتعين لهذا المدعي مقسم منها ، عين حدوده ، وأدلى بشهادة استرعائية من اللفيف في ذلك ، لم تقبل ، ومثل ذلك ادعاء المغارسة او البيع او الصدقة بعقار ، لا تقبل فيه الشهادة الاسترعائية . لان الناس يقصدون في معاملاتهم ، العدول المنتصبين ، فاشهاد غيرهم ، مع التمكن من اشهادهم ، مستبعد واستبعاد الشهادة ، موجب لسقوطها ، وتقل عظوم في برنامجه في الورقة الثانية من مبحث الشهادات ان جده قال في كتاب مواهب العرفان في بيان مقتضى حال حكام الزمان افتى الشيوخ ابو محمد عبد الله البحيري(١) وابو العباس احمد القلشاني وابو عبد الله محمد الزنديوي(٢) بمنع قبول شهادة العامة في الامور

---

(١) الذي في كتب التراجم ابو عبد الله محمد البحيري التونسي . قاضي الانكحة بتونس. اخذ عن البرزلي وغيره وتوفي سنة ٨٥٨

(٢) هو محمد بن محمد بن عيسى المقدي الزندوي التونسي . من اصحاب ابن عرفة . تولى قضاء الانكحة بتونس . وتوفي سنة ٨٧٤

التي جرت العادة بالاعتناء بشهادة العدول فيها ؛ كالمعاوضات في الربع والنكاح ونحو ذلك: في بلد يكون فيه العدول منتصبين لذلك. وذلك تهمة وظنة ؛ تمنع التعويل على شهادتهم في ذلك ؛ مع التمكن من اشهاد العدول المنتصبين وكذلك الخروج من الحاضرة ؛ الى اشهاد اهل القرى اهـ. ومن الرد بالاستبعاد ، عدم قبول شهادة السؤّال ، إلا في التافه اليسير لحصول الريبة في استشهاد الفقراء ، دون من عرف بالشهادة فان الناس غالبا ؛ انما يقصدون بوثائقهم المعتبرة ؛ اعيان الشهود . ولهذا تقبل شهادة الفقراء ؛ فيما لم يقصد بالاشهاد فيه . كما لو قال السائل « مررت بهما وهما يتنازعان ؛ فأقر فلان لفلان بكذا » فشهادة السؤّال تردّ في الشهادة الاصلية ، وهي شهادة التحمل ؛ للاستبعاد: باشهاد من لا يقصد في غالب العادة . بخلاف الاسترعاء . قال في اول الشهادات من المدونة : ولا تجوز شهادة السؤّال ؛ إلا في التافه اليسير؛ فتجوز اذا كان عدلا. قال ابن ناجي : يريد اذا كان يسأل لنفسه واما إن كان لغيره ، فيقبل . وظاهر لفظ « السؤّال » يقتضي التكرار : بحيث يصير عادتهم، واما من فعل ذلك لعارض ؛ فلا يقدح في شهادته ، وهو كذلك ، قاله ابو حازم ، وظاهرها : وان كانوا يطلبون الزكاة، وبذلك حكم الشيخ ابو اسحاق ابن عبد الرفيع بتونس ، على ما بلغني ، وهو الذي كان شيخنا حفظه الله تعلى ، يحمل عليه قولها ، ويذكر انه المنصوص للمتقدمين ، ولم يرتض قول المغربي : لايدخل هنا سؤالهم الزكاة ، اذا كان مستحقها ، لانه اخذ ما وجب له ، ووقعت بالقيروان في حال صغري ، في ايام شيخنا ابي عبد الله الشبيبي، (١) فوقعت الفتوى والحكم بما قال ، ونظمه صاحب العمل العام فقال :

كذلك الذي الزكاة يسأل ❁ ولو فقيرا وعليه حملوا
قول الامام وبه قد حكما ❁ بتونس والقيروان العلما

---

(١) هو ابو محمد عبد الله بن محمد بن يوسف البلوي الشبيبي القيرواني اخذ عنه البرزلي وابن ناجي والزعبي والمسراتي توفي بالقيروان سنة ٧٨٢

المبحث الثاني

في تقسيم الشهادات الى اصلية و استرعائية وما يلزم في كل منهما

قال المحقق التاودي التوثيق بأصله ينقسم الى قسمين : اصل ، واسترعاء ، فالاصل: ما يمليه المشهود عليه على الشاهد، كاشهاد المتعاقدين بالبيع او النكاح او غيرهما، والاسترعاء: شهادة الشاهد بما في علمه؛ من عسر او يسر اوحرية او ملك او غير ذلك ، وكيفية وثيقته يشهد من يضع اسمه عقدا عقب تاريخه ، بمعرفة فلان ، وأنه رشيد مثلا ، ان كانوا عدولا ، او شهوده الموضوعة اسماؤهم عقب تاريخه ، يعرفون فلان ابن فلان ، اسماً وعيناً ونسباً ، ان كان غير عدل ، ويشهدون بأنه أقر لديهم ، او بحضرتهم، ولابد في الاسترعاء ، من قول الشهود اقر لدينا ، او باع بحضرتنا ، او اقر عندنا بالبيع وقبض المبيع، فان سقط من الوثيقة لفظ لدينا ، او بحضرتنا، او قبض المبيع ، في البيع ، لم تعمل الشهادة ، حتى يبينوا ذلك، فان تعذر استفسارهم ، بأن غابوا ، او ماتوا ، سقطت كما تسقط ، اذا لم يتعرضوا لمعرفة ، ولا تعريف ، ولا صفة ، وتعذر اداؤهم على عينه ، ولم يكونوا من اهل الضبط والتحفظ ، وإلّا قبلت ، قاله التسولي عند قول التحفة « ويشهد الشاهد بالاقرار » البيتين ،

والاصل ان لا يشهد الشاهد إلّا على من يعرف ، فان لم يعرف المشهد ؛ اعتمد في التعريف به ، على المعرّف العاقل (١) الذي لم يُؤتَ به لهذا الغرض ؛ بل كان حضوره اتفاقياً ، واذا حصل العلم ، ولو بامرأة ، اكتفي بذلك لان خبر الواحد ، قد تقترن به قرينة ، فيفيد العلم وفي نوازل ابن الحاج عن

---

(١) ينبغي الجزم بأن ورقة التعريف اليوم ؛ يكتفى بها في التعريف ، لان الظن الناشيء عنها؛ اقوى من الظن الناشيء عن تعريف امرأة او صبي غير مجلوب للتعريف . اذ بها صورة الانسان؛ ووصفه؛ وامضاء المكلف بذلك ؛ وطابع الادارة ؛ وغير ذلك مما يحقق هوية الشخص.

ابن شعبان يجوز قبول المعرف الواحد ، بالمرأة المشهود عليها ، وان لم يكن عدلا ، فان لم يجد الشاهد ذلك ، فانه يعتمد على صفات المشهود عليه ، قال ابن ناجي في شهادات كبيرة : الاصل ان لا يشهد الشاهد ، إلّا على من يعرف ، إلّا لضرورة ، وروى ابن نافع انه لا يشهد على امرأة ، إلّا ان يشهد عنده عدلان ، انها فلانة، قال ابن القاسم هذا باطل ، ولا يشهد عليها ، ابن الماجشون بل قول ابن القاسم هو الباطل ، وكيف يعرف النساء إلّا بمثل هذا ، الشيخ ابن ناجي : جرى العمل بافريقية ، بالاكتفاء بمطلق معرفة ؛ ولو حتى من الصبي ، ما لم تكن ريبة،ويقال في التعريف به « وعُرِّف به »(١)واما ان قال « وعُرف به فلان » (٢) فالعمل على بطلانها لانها كالنقل عمن عرفه ، فان لم يجد من يعرفه ؛ فليكتب نعته وصفته ، وقال بعضهم يكتب اسمه وقريته ومسكنه ، ويجتزي بذلك ، وضُعِّف ، لانه قد يتسمّى الرجل بغير اسمه . وغير مسكنه ، وغير موضعه وما ذكرناه من العمل ، يقتضي انه لا يقبل قول المشهود عليه بالتعريف ، انه لم يشهد عليه ، هذا الذي كنت افهمه ، ووقعت في احكامي ببلد القيروان ، وعملت على ذلك ، وسجنت الغريم ، فأوقفني بعض اصحابنا ، على فتوى شيخنا ابي يعقوب يوسف الزعبي ، بأنه لا عمل على ذلك ، إلّا ان يعرف الشهود من عرف به ، فتكون من باب النقل عنه، وبه العمل عندنا بتونس ، فاطلقته، اهـ ،

واذا تكرر التعريف بالمشهد ، مرة بعد اخرى ، في شهادات عليه متعددة، لم يحتج الموثق الى ذكر المعرفين، وعبر عن ذلك بتقرر التعريف . فلو اكذب المعرف الشاهد في التعريف ، وقال لم اعرفه بالمشهود عليه ، احتمل ان يعول على قول الشاهد ، لانه من الحقوق ، ومن تمام الحق المشهود به ، ومن وسيلته، فهو مشهود عليه به ، كما ان اصل الحق مشهود به على المطلوب ، واحتمل ان

(١) بالبناء لنائب الفاعل (٢) بالبناء للفاعل

يبطل التعريف ، ويؤدي الى بطلان الشهادة بأصل الحق ، كما اذا كذب الاصل الفرع في باب النقل ، وهو الظاهر اذا عين الشاهد المعرف. بخلاف تهرر التعريف، قال عظوم في برنامج الشوارد : لم اقف على نص فيها ، إلّا ما يقتضيه ظاهر كلام الزغبي ، حيث جعله من باب النقل، فعليه ، تكذيبه ابطال على اصل النقل ، اذ تكذيب الاصل الفرع ، مبطل له ، اه

ولا يسأل القاضي الشاهد ، عمن عرفه بالمشهود عليه ، فان سأله، فلا يعينه، وسؤاله عنه جهل من القضاة ، فان عين شخصه ، بطلت ، لانها صارت كالنقل ، وان عين جنسه. ففي اجوبة ابن رشد : ان الشاهد اذا قطع بمعرفة المشهود عليها، ثم بعد ذلك قال انه لم يعرفها ، وانما عينها له حين الاشهاد عليها ، امرأة وثق بها ؛ انالشهادة عاملة ؛ اذا كان هو الذي ابتدأ بسؤال المرأة المعرفة ؛ لانذلك من باب الخبر اه . قال التسولي : فيفهم منه ان تعين الجنس غير مضر .

وينبغي ان يتنبه الى ان الشهادة الاصلية لا يحتج بها ؛ إلّا فيما سيق للاشهاد ؛ من تعمير ذمة ؛ او عقد بيع ؛ او نكاح ، مثلا ، واما ما يؤتى فيه من خبر او حكاية ؛ لم تتضمنه معرفة الشهود ؛ فلا يثبت بثبوت الوثيقة ، إلّا ان يزيده الشهود عند شهادتهم ؛ او يشهد بذلك غيرهم قاله الونشريسي في الفائق فاذا عقد في الوثيقة بعد ان استقر على ملك فلان بن فلان الفلاني جميع الدار الفلانية ، وكان استقرار ذلك على ملكه ؛ بالشراء من فلان الفلاني ؛ او بالارث من فلان بن فلان ؛ واستمر ملكه لها الى ان توفي ؛ فورثه زوجه فلانة ؛ وولداه منها فلان وفلان ، وأمه فلانة؛وصار مناب فلانة لفلان بهبة او مخارجة او غير ذلك ، وبعد كون ذلك كذلك؛ حضر لدى شهيديه فلان ؛ واشترى من بقية ورثة ابيه ؛ وهم فلان وفلان ؛ جميع الدار المحدودة المذكورة ؛ بثمن قدره كذا . الخ . الى قوله : شهد عليهم بذلك ؛ بحال صحة وطوع وجواز . وعرّفهم ؛ او عرف بهم ؛ في تاريخ كذا ، فلا يحتج بهذه الوثيقة ؛ في النسب ولا في عدة الورثة ولا الهبة

ولا المخارجة . ولا يحتج بها إلّا في خصوص البيع إلّا ان يضمن الشهود شهادتهم بذلك ، كأن يقولوا : صار المبيع للبائع ، بالابتياع من فلان ، بشهادة شهيديه. فتعمل الشهادة فيما حكوا شهادتهم فيه فلو قالوا صار المبيع للبائع ، بالابتياع من فلان ، حسبما ذلك برسم وقف عليه شهيداه ، يتضمن كذا او صار له ، بالارث من فلان ، حسبما ذلك بوثيقة استرعائية تامة الموجب ، من رفع وطبع وتزكية وكتب عمل فان استوفى شهود الوثيقة ، اسماء الشهود في الصورة الاولى ، ولم يتركوا شيئا يؤثر في صحة العقد ، وسموا في الصورة الثانية . شهود الوراثة ومزكيهم ، وعينوا الآذن فيها ، احتج بهذه الوثيقة ، فيما تضمنته من الابتياع او الوراثة ، وقام ذلك مقام اعيان الوثائق التي تضمنت تلك الشهادات ، بناء على ما جرى به العمل التونسي ، من ان معاينة الرسوم مفيدة ، يعمل بها ، كما تقله صاحب الاجوبة العظومية عن الشيخ ابي النور الاربسي احد مفتي تونس في عهد ابي عثمان الحفصي ، ومسألة معاينة الرسوم ، (ويعبر عنها بشهادة الوقوف ايضا ، ومعناها ان الرسوم اذا ضاعت وفنيت ، بعد ان عاينها الشهود وعرفوا خطوطها ، وحفظوا ما فيها) اختلف هل يحكم بها او أن الرفع على خطوطها لا يفيد مع غيبتها وانما ينفع مع حضورها ، والشهادة على عينها، وجرى العمل الفاسي ، بأن معاينة الرسوم ، لا تفيد مع ضياعها، قال ابو زيد الفاسي

وعدم الحكم بما قد عوينا ❁ من الرسوم وتلاشى بفنا

وعملنا بتونس ، موافق لما افتى به ابو الحسن ، لما سئل عن شهيدين نظرا وثيقة ، وحفظا مضمنها ، وعرفا خطها ، وعدالة صاحب الخط ، وضاع الرسم ، هل يعمل بشهادتهما ، وتكون احياء له ، او لا، فأجاب أنه يعمل بها ، اذ لا فرق بينه وبين رفعهما على خطها ، مع جهل القاضي به. قال في المعيار : وفي ابن عرفة والمتيطي ما يناقض هذه الفتوى ، وهو الصحيح الذي لا يلتفت الى غيره .اهـ. وفي نوازل الوديعة من المعيار: سئل ابن عرفة عمن اودع رجلا وثائق اشرية،

فضاعت فأجاب لا ضمان عليه . فإن طالبه صاحب الوثائق بما فيها . ان تحقق الملك ، جاز أن يشهد عليه ، وان لم يتحققه وتحقق شهود الوثيقة وخطوطهم . فكان شيخنا ابن عبد السلام رحمه الله ؛ لا يجيز الشهادة على الخط، لانه يفتقر الى حضوره ، ليقع الاعذار على عينه ، وهو غير موجود ، يعني انه مجهول العين ، فلا بد من حضوره . لتقع الشهادة على عينه . وقبل ابن عرفة هذا الكلام ، وفي نوازل الشهادات منه كان ابن عرفة ينقل عن شيخه ابن عبد السلام ، ان من شرط الشهادة على الخط ، حضوره . لتقام الشهادة على عينه، كالشخص المجهول اذا شهد على عينه ، فقول الشهود في وثائقهم « وقف على رسم يقتضي كذا » لا يعول عليه . لانه كالشهادة على مجهول . مقصود معرفة عينه، اهـ، ومثله في البرزلي عن الشيخين ابن عبد السلام وابن عرفة ، قال وكان غيرهما من الاشياخ لا يتفطن لهذا ، ويرى انه محصل لترجيح الملك ، وكذا التنبيه على « ان فلاناً وصيي » ونحو ذلك ، واذا اريد اثبات ذلك من غير اشكال ؛ فيشهدون على القاضي باثبات ذلك ، فتكون شهادتهم على حكم القاضي، اهـ، وكتب عليه الشيخ ابو النور الاربسي ما نصه رأيت في بعض وثائق المتيطي بئاخر النسخة الكبرى من تاليفه ، جواز الشهادة على الخط مع غيبته، ولم يجلبه إلّا كأنه المذهب، وقوله « وكذلك التنبيه على ان فلاناً وصيي ونحو ذلك» يريد اذا قالوا وبالوقوف على رسم الايصاء ؛ او ما يقتضي الايصاء وما اشبهه. والعمل اليوم مستمر بتونس، على إعمال شهادة الوقوف، وهو قول الاكثرين من الاشياخ. وما اختاره ابن عبد السلام وابن عرفة. جرى العمل بخلافه. ورأيت جواباً لبعض الشيوخ الحفاظ؛ باعمال شهادة الوقوف. ونزلت، ووقع التنازع فيها؛ حتى اعتقد كثير منهم ان المنع هو المذهب. وليس يوجد لغير الشيخ ابن زيتون، (١) معتقداً صحة

(١) هو ابو القاسم بن ابي بكر بن مسافر اليمني التونسي؛ ويقال ابو احمد؛ المعروف

ما اشار اليه ؛ من ان شرط الشهادة على الخط ؛ حضوره . وقد تقدم عن المتيطي خلافه ؛ ولم يحك غيره ؛ كأنه المذهب وهو الحجة اهـ. وافتى عظوم بمقتضاه . واستمر به العمل الى يومنا هذا.

وقول الموثق في الشهادة الاصلية « شهد عليهما بذلك وهما بحال صحة وطوع وجواز » امر يدل على الصحة والطوع ؛ ولا يكون حجة في الانطلاق من الولاية قال في شرح التلقين ان الفتوى بترك الاعتداد بما يقوله الموثقون « شهد عليهما طوعا ؛ في صحة عقولهما ؛ وجواز امرهما » وان ذلك لا يكون ترشيداً لمن وصف بأنه جائر الامر ؛ لكونهم لم يقصدوا الشهادة به ولو قصدوا الى الشهادة بذلك ؛ لم يحل لهم ان يشهدوا ؛ حتى يختبروا من وصف بذلك ؛ ويعلموا رشده ولهذا يقولون ؛ اذا ارادوا ذلك « وعلم بكون فلان وفلان رشيدين لا ولاية عليهما » اهـ. قال التاودي في شرح الزقاقية ؛ بعد ان نقل كلام شرح التلقين ؛ وما وافقه من كلام ابن فتحون والمتيطي فعلم من هذه النقول ؛ ان عدم الكفاية ؛ انما هو في الانطلاق من الولاية ؛ واما بالعقل والطوع مما لا يخفى فلا يشهد عليه بأنه في حال عقل وطوع ؛ وهو بخلاف ذلك ؛ إلّا زورا وقولهم « بحال كمال » يشمل العقل والطوع والرشد فينبغي ان يعتبر في الاولين دون الثالث ، إلّا مع التصريح به اهـ والى هذا الفرع والذي قبله اشار الزقاق بقوله

ولا يشمل الاشهاد بالحكم مسندا ❁ لزيد على عمرو سواه من الحلا
وما سيق للتقييد كابن محمد ❁ وطوع جواز ذا الصحيح به اعملا

وينبغي ان يتنبه الحاكم ، الى ان الشهادات الاصلية في التبرعات ، يلزم

بابن زيتون. تفقه بأبي عبد الله السوسي الرعيني وأبي القاسم ابن البراء. وتولى قضاء الجماعة بتونس مرتين. مولده سنة ٦٢١ وتوفي سنة ٦٩١

تصريح الموثق فيها بالاشهاد ، وإلّا كانت ملغاة فالصواب ان يقول الموثق « اشهد فلان انه وهب ، او تصدق » واذا قال في فاتحة الوثيقة « وهب فلان، او تصدق ، او وكّل» يلزم ان يقول في ءاخرها « وشهد على اشهاده بذلك » نبّه عليه الشيخ التسولي في شرح التحفة

ويلزم في البينات الاسترعائية : بيان مستند العلم في الشهادة . فان اهمل ذلك ، لم يصح القضاء بها ؛ حتى يبين مستند العلم فان تعذر البيان ؛ لموت الشهود ؛ بطلت تلك البينة

ويلزم في بينة الاراثة : ان يذكر الشهود، انحصار ارث المتوفى : في الاشخاص الذين يعينونهم ؛ في علمهم ؛ وان يذكروا ؛ عدم علمهم بوارث سواهم . ففي مختصر المتيطية ولابد ان تقول « وأحاط بميراثه في علمهم » فان اسقطت « في علمهم » لم تصح الشهادة ؛ لامكان ان يكون له وارث لم يعلمه الشهود . ولا تكون الشهادة في ذلك على البت . وهو قول مالك ؛ وبه الحكم وقال في باب التدبير من المختصر المذكور الشهادة في عدد الورثة ؛ على العلم . وهو قول مالك وابن القاسم ؛ وبه الحكم اهـ انظر شرح العمليات العامة صفحة ٤٥٩

ومن هنا لا يقع التعارض ؛ بين بينتي وفاة ؛ تشهد احداهما بعدد من الورثة ؛ وتشهد الاخرى بعدد زائد . اوتشهد احداهما بأن العاصب له بيت المال ؛ وتشهد الاخرى بأن العاصب له ابن عمه فلان . اذ لا منافاة بين العلم بالشيء من شخص ؛ وعدم العلم به من ءاخر فيعمل حينئذ ؛ بالبينة الشاهدة بالعدد الزائد ، والبينة الشاهدة بأن العاصب له ابن عمه فلان ، لكن يلزم في البينة الشاهدة بتعصيب ابن العم ، ان تذكر الجد الجامع ، وإلّا كانت الشهادة بالتعصيب ملغاة ، قال البرزلي : العمل اليوم ان لابد من ذكر الجد الجامع ، الذي يجتمعان فيه ، وإلّا فلا تصح ، وقال حلولو في اختصار نوازل البرزلي اذا شهد انه شقيق فلان ، فذلك

يستلزم انهما ابنا رجل واحد ؛ ولو لم يذكره ، ولا يدخلهما الخلاف . اذا لم يرفعهما الشاهد الى جد معين ، اه ، وفي العمليات الفاسية

لابد من معرفة القعدد في ❁ ارث وإلّا فبشك ينتفي

وفي نوازل العلمي (١) عن الشيخ ميارة لا يشترط بيان القعدد ، إلّا في منازعة الاقرباء فيما بينهم لا مع بيت المال ، ونقل التسولي في حواشي الزقاقية صفحة ٩٠ انه وقف على جواب للتاودي نصه تحرير المسالة ومحصلها ، على ما تفيده اجوبة المحققين ، وكلام اصحاب النوازل ، انه اذا لم يكن هناك وارث يدعي ذلك ، إلّا مقيم البينة ، كان بيان القعدد فيها شرط كمال ، وصحت دونه كما في المتيطية والفشتالي (٢) وابن سلمون وغيرهم ، وان كان هناك معارض لها ، ومن يدعي خلافها ، فلابد من بيان القعدد ليعلم الاحق منهما ، اه ، قلت ينبغي ان يعول القاضي هنا ، على ما نقلناه عن البرزلي وحلولو ، لا على ما قيّد به المسالة ميارة والتاودي ، لان عملنا على عدم التفصيل ، بدليل اطلاقهما ،

والاصل ان الشهادة في الوراثة ، انما تكون على اعيان الورثة ، لكن اهل العلم اجازوها على غير اعيانهم ، وحملوا الامور على الصحة ، فان وقع بين الورثة في ذلك اختلاف وتنازع ، واحتاج الحاكم الى الاعذار اليهم ، فلا بد من الشهادة على اعيانهم ، فان غاب الشهود الذين شهدوا بالوراثة ، او ماتوا جاز اثبات العين بغيرهم ، قاله في مختصر المتيطية ، ونقله ابن غازي في تكميل التقييد ، وصرح بأنه الذي جرى به العمل ، وفي المقصد المحمود: (٣) مجهول العين ، تقع الشهادة على عينه ، وجرى العمل في الوراثات بخلاف ذلك ، اه ، وفي العمليات القاسمية:

---

(١) هو علي بن علي الشريف العلمي. اخذ عن والده وعبد القادر الفاسي ومحمد العربي برداله. ألّف النوازل المشهورة بنوازل العلمي.

(٢) هو قاضي فاس، محمد بن احمد الفشتالي. له تأليف في الوثائق ؛ مشهور. توفي سنة ٧٧٩

(٣) المقصد المحمود في تلخيص العقود احد الكتب التي اشار اليها صاحب التحفة في مقدمتها . ومؤلفه هو ابن القاسم الجزيري. واسمه علي بن يحيى بن القاسم الصنهاجي نزيل الجزيرة الخضراء . توفي سنة ٥٨٥

وكل ماعدا وراثات المنون ❀ فيه على اليمين الشهادات تكون
اما الوراثات فلا إلّا اذا ❀ للوارث الاعذار فيه اخذا

ونقل في المفيد عن اصبغ، في السامعين من المنكحة وان لم يعرفاها : هذا امر لا يجد الناس منه بدا . ثم قال ويخرج من قول اصبغ . انه لا يحتاج في ثبوت الموت وعدة الورثة . الى تعيين الورثة . اذا كانوا نساء . وبه جرى العمل وقال ابن فرحون في تبصرته ، بعد ان نقل كلام المفيد فتلخص ان الزوجة . حكمها حكم البنات ، لا يلزم الشهود ان يعرفوا عينها . في استحقاق الميراث . اهـ . واقتصر في المتيطية في فصل التوارث ، على ان الشهود اذا عرفوا عدد الورثة ، ولم يعرفوا اسماءهم ، فهي شهادة تامة ايضا . إلّا ان يقع بينهم تنازع . وذكر فيه ايضا : انهم اذا سموهم ، ولم يشهدوا على عينهم ، او لم يذكروا انهم يعرفونهم ، فهي تامة ايضا . انظر حاشية الزقاقية للتسولي صفحة ٩٠

ويلزم في بينة الملك الاسترعائية ان يصرح الشهود بفصول خمسة : - ١ - اليد ، اي الحوز - ٢ - وتصرف الحائز تصرف المالك - ٣ - وكونه ينسبه الى نفسه ، وينسبه الناس اليه . - ٤ - وعدم المنازع . - ٥ - وطول الحيازة ، عشرة اشهر ، وقيل سنة . وهل زيادة كون المحوز لم يخرج عن ملك حائزه ، في علمهم ، شرط كمال ، وهو ظاهر كلام المدونة في العارية ، او شرط صحة ، وهو ظاهر شهادات المدونة ، لقولها في ءاخرها ، فيمن قامت له بينة انه ابن فلان الميت ، لم يستحق ميراثه ، حتى يقولوا « لا نعلم له وارثا غيره » وكذلك ان شهدوا : ان هذه الدار لابيه او جده ؛ فلا تتم الشهادة ، حتى يقولوا « لا نعلم انها خرجت عن ملكه الى ان مات وتركها ميراثا» لهذا قال ابن ناجي : وحملها شيخنا ابن عرفة ؛ على انه شرط كمال فيهما . وبه اقول . وفصّل ابن ابي جمرة(١) فقال : هو شرط صحة في وثيقة استحقاق

---

(١) هو محمد بن احمد بن عبد الملك بن موسى بن ابي جمرة المرسي ؛ القاضي المشاور . ولده سنة ٥١٨ وتوفي سنة ٥٩٩

الميت ، كما في الشهادات ، وكمال في وثيقة استحقاق الحي ، كما في العارية ، لان الوارث يحلف على العلم ، والحي على البت ومثله في الوثائق المجموعة وقبله ابو ابراهيم والمغربي، وبه الفتوى، اهـ ونظمه في العمليات القاسمية بقوله

ونفي ما كالبيع شرط صحة ❁ شهادة بملك خصم ميت
اما شهادة تحق ملك مال ❁ للحي فالشرط بها شرط كمال

ولا تقبل الشهادة بالملك مجملة، وصور المنجور الاجمال ؛ بأن يشهدوا بالملك، دون زيادة ان الشيء المستَحقّ ، لم يخرج عن ملكه في علمهم. فيُستفسرون ، فان ابوا ان يقولوا « ما علموه باع ولا وهب » الخ ، فشهادتهم باطلة ، كما لو قالوا « انه لم يخرج عن ملكه قطعاً » وصوّر ابو علي بن رحال والشيخ عمر الفاسي ، الاجمال ، بعدم ذكر الشروط الخمسة ، والتفسير ، بذكرها فان كان الشاهد من اهل العلم ، لم يجب التصريح بها ، وإلّا وجب ،ويدخل في الاجمال ؛ ما نقله المتيطي عن ابن زرب وغيره : اذا قال شهود الملك ، انهم يعرفون دار كذا ، مسكنا لفلان المتوفى ، فقال ابن زرب يُستفسرون ، فان قالوا « اردنا بمسكنه ملكه » قضي لربها ، وان قالوا « اردنا انها دار سكناه » لم يقض له بها ، ويدخل في الاجمال اذا قالوا « ملكه » ولم يزيدوا « مالا من امواله » فقد نقل بناني عن ابن عرفة : وفي لغو شهادة الشاهد في دار بأنها ملك فلان ، حتى يقول « ومال من ماله » وقبولها مطلقا ، ثالثها ان كان الشهود لهم نباهة ويقظة ، الاول لابن سهل عن مالك ، قائلا شاهدت القضاء به ، والثاني لابي المطرف ، (١) والثالث لابن عتاب

---

(١) هو عبد الرحمن ؛ ابو المطرف ؛ بن مروان بن عبد الرحمن القنازعي القرطبي. تفقه بالاصيلي وأبي عمر بن المكوي، وروى عنه ابن عات وابن عبد البر. له تفسير الموطأ واختصار كتاب ابن سلام في تفسير القرءان واختصار وثائق ابن الهندي. توفي في رجب سنة ٤١٣

وما ذكرناه ، من كون بينة الملك اذا قطعت بالشهادة ، وقالوا « لم تخرج عن ملكه » تبطل ، هو قول مالك وابن القاسم ، وبه العمل ، كما في التوضيح ومختصر المتيطية واللباب . ولذا قال في العمل العام

قول شهود الملك ما باع ولا ❁ فوّت في علمهم امر جلا

كـكل من يشهد في نفي كلا ❁ نعلم وارثا سواه مشلا

وهو ما في المدونة . لقولها : فان قطعوا بالشهادة ، وقالوا « لم تخرج عن ملكه » كانت زورا . وقيّد بعضهم البطلان ، بما اذا كان الشهود من العلماء ، اما اذا كانوا من العوام ، فتقبل ، واليه ذهب الشيخ ابن ابي زيد وأبو عمران ، ونقل بعض المتأخرين انه المعتمد في الفتوى ، ونقله مهدي في حاشية الزقاقية .

ولابد في الشهادة بالملك للميت ، ان يقولوا « لا نعلم الهالك فوّته الى ان توفي » . وان سقط عدم تفويت الورثة لما ورثوه ، لم يضر ذلك ، وذكره اتم ، هذا ان لم يمت واحد او اكثر من الورثة ، وإلّاوجب ذلك ، ففي مختصر المتيطية ويشهدون انه لم يفوتها عن ملكه ، الى ان مات ، وخلفها الى ورثته ، وأن احدا من ورثته ، لم يفوت حظه بوجه ، الى ان توفي وتركها الى ورثته ، وهكذا فان لم يذكروا ، ان المتوفى الثاني لم يفوت شيئا مما جرت الوراثة اليه ، في علم الشهود الى ان توفي ، لم تعمل الشهادة لورثته شيئا اه ، ونحوه في الوثائق المجموعة ، وقد اشار الزقاق الى شروط شهادة الملك بقوله

يد نسبة طول كعشرة اشهر ❁ وفعل بلا خصم به الملك يجتلا

وهل عدم التفويت في علمهم كما ❁ ل ام صحة للحي للميت ذا اجعلا

واشتراط طول الحيازة ، عشرة اشهر ، انما هو فيما جهل اصله . اما حيازة ما علم اصله ، لغير الحائز ، فهي التي اشترط فيها عشر سنين ، وقد افصح ابو زيد عن ذلك في نظم العمل الفاسي حيث قال

وحوز ما جهل اصله كفي ❁ عشرة اشهر او العام وفي

تصرف المالك والنسبة مع ❁ يد ولا منازع طول وقع
هذا اذا توفرت فيشهد ❁ عالمها بملك من له اليد
اما الذي عُلم فالمشهور ❁ عشر سنين وله تقرير

ولا تقبل الشهادة الاسترعائية مجملة . في ملك او عتق او تجريح او تعديل او ترشيد او تسفيه او توليج او ذكر اخ في وثيقة الوراثة ، إلّا من اهل العلم . واما من غيرهم ، فلا تقبل إلّا مفسرة . قاله الغرناطي . (١) فالاجمال في بينة الملك ، كعدم التعرض للفصول الخمسة ، وقد تقدم . والاجمال في الشهادة بالعتق كقولهم « نشهد انه يتصرف تصرف الاحرار » وكقولهم « نشهد انه قال له انت حر » لاحتمال ان يكون ذلك لمدح او ذم . لا لانشاء حرية . والتجريح كقولهم « هو مجرّح او فاسق » والمشهور لابد من البيان مطلقا . قاله التاودي في شرح الزقاقية . والتعديل كقولهم « نعم العبد ، او ممن تقبل شهادته » فان كانوا من اهل العلم ، قبلت شهادتهم ، وإلّا فلا . قاله ابن فرحون . قال المحقق التاودي ومقتضاه ، ان القول المذكور ، يكفي في التزكية من اهل العلم ، وهو خلاف قول المدونة ولا يجزيء في التعديل إلّا القول بانهم عدول مرضيون . اه . وهو ما اقتصر عليه ابن الحاجب وابن عبد السلام وصاحب المختصر ، وخلاف ما اشترطوه في المزكي من كونه عارفا ، فمقتضاه ان غير العارف لا تصح تعديله ، ولو فسّر . قال وينبغي ان لا يقبل قول المزكي « عدل رضى » مجملا الا من العالم . واما غيره ، فحتى يُفسّره . فان كثيرا من المتصبين ، لا يفهمون معناه اهـ . والعدالة ، السلامة في الدين . والرضى ، السلامة من البله والغفلة .

---

(١) هو ابو عبد الله محمد بن محمد الانصاري السرقسطي الغرناطي . عالم غرناطة ومفتيها . اخذ عن ابن سراج . وأُخذ عنه ابن الازرق والقلصادي . كان من احفظ الناس لمذهب مالك مولده سنة ٧٨٤ وتوفي سنة ٨٦٥

والاجمال في الترشيد ، كقولهم « نشهد انه رشيد » فتكفي من اهل العلم ؛ دون غيرهم ، حتى يقولوا « حافظ لماله غير مبذر » . والاجمال في التسفيه ، كقولهم « نشهد انه سفيه » فلا تقبل من العوام ، حتى يقولوا « غير حافظ لماله » والاجمال في التوليج تقدم . والاجمال في الوراثة ، كقولهم « نشهد انه توفي فلان فورثه زوجه وبنته واخوه » ولم يبينوا كونه لاب ، او لام ، اوشقيق. فلا بد من البيان ، لان احكام الاخوة مختلفة . إلّا ان يكون عالما بأن الاخ للام ، يسقط بالبنت وغيرها من عمودي النسب ، وأنه لا يرث معهما إلّا الشقيق والذي للاب . فيقبل . وأشار الزقاق الى كلام الغرناطي بقوله

شهادة اعتاق ورشد وضده ❊ وجرح وتعديل وتأليج اسجلا

واثبات ملك او اخ في وراثة ❊ تفسر الا من ذوي العلم فاقبلا

وأُلحق بما ذكر نظائر ، لا تقبل من غير العالم إلّا مفسّرة . وهي الشهادة بالملأ على من ثبت عدمه ، لا تقبل من غير اهل العلم حتى يقولوا « ان له مالا اخفاه » فاذا قالوا ذلك ، قبلت ، على ما به العمل ، عينوه ام لا . قاله الزرقاني.

والشهادة بضرر الزوجة لا تقبل مجملة اذ قد يكون ادبها لنشوز او نحوه ، فيظن من لا علم له ان ذلك ضرر منه ، فلا بد من بيانه ، إلّا من اهل العلم .

والشهادة بالغبن من العامي ، لابد فيها من بيان قدره ، لاختلاف العلماء في تحديده ، هل الثلث ، او اكثر او ما نقص عن القيمة نقصاً بيّناً ، وان لم يبلغ الثلث . ولا تقبل مجملة إلّا من العالم .

والشهادة بالردة من العامي ، لابد فيها من بيان قول المرتد الذي صدر منه ، لاختلاف العلماء في الالفاظ التي يكفر بها .

والشهادة بالولاء لا تقبل من غير اهل العلم ، مجملة حتى يقولوا « باشر عتقه ، او جره ولاء او عتق »

والشهادة بالسرقة من العوام ، لابد ان يبينوا كم هي . وكيف اخذت ، هل خفية او جهارا ، وهل اخرجت من حرز ام لا وكذا الشهادة بالزنى من العوام ، لابد فيها من بيان الصفة ولا تتم شهادتهم حتى يقولوا « رأينا كذا في كذا كالمرود في المكحلة » - وكذا الشهادة بالقذف او الشتم لا تقبل من العامي حتى يكشف عن حقيقته ، لان شرط المقذوف به ، كونه زنى او نفي نسب عن اب او جد معين ، لا عن ام ، ولا ان قال « نبذ فلم يدر له اب ولا ام » - وكذا الشهادة بالتعنيس لا تقبل من العامي مجملة ، للاختلاف في حده ، وكذا الشهادة بالعُدْم ، اذا قالوا لا مال له ظاهرا ولا باطنا » ولم يقولوا « انهم لا يعلمون له مالا ظاهرا ولا باطنا » فيستفسرون ، هل مرادهم القطع فتبطل او نفي العلم ، فتصح ، والشهادة بوقف طريق على المسلمين ، لا تقبل مجملة من العامي ، اذ قد يكون المحل ينتفع به وهو مملوك فيلزم بيان ان واقفه فلان ، اما باشهاده ؛ او اخباره لهم ؛ او بالسماع الفاشي وكذا شهادة السماع ؛ لا تقبل من غير اهل العلم ؛ حتى يقولوا « نسمع سماعا فاشيا من اهل العدل وغيرهم » - وكذا الشهادة بفساد عقد من العقود ؛ لا تقبل حتى يبينوا وجه الفساد . والشهادة بالحاق الحمل بأبيه الميت لا تقبل حتى يبينوا المدة التي بين الوضع وموت الاب . وقد نظم هذه الفروع التاودي فقال

وغبن وكفر سرقة وزنى ولاء ❁ وقذف وشتم عنست عدم ملاء
وضر وغصب وقف سبل سماعهم ❁ فساد عقود حمل ميت له تلا

واذا كان شهود البينات الاسترعائية عدولا معروفين بالعدالة ؛ ككونهم منتصبين للاشهاد ، او حاملين لاوامر تخولهم الانتصاب للاشهاد ، لم يحتاجوا الى تعديل ، اي تزكية ويكتب الموثق تحت اسم الشاهد هذه العبارة (معروف العدالة) واذا لم يكونوا كذلك احتاجوا الى التعديل ، فان علم العدلان

المأذونان بالرفع عليهم عدالتهم كتبا تحت اسم كل واحد منهم هذه العبارة (وأزكيه) وان لم يعلما عدالتهم ، افتقرا الى ان يزكيهم رجلان عدلان معروفان عند القاضي، إلا ان يكون الشاهد غريبا او امرأة. فلا يشترط ان يزكيهما ابتداء، معروف عند القاضي ، لكن لا بد أن يزكي مزكيهما . معروف عند القاضي بالعدالة . وهو معنى قول ابن عاشر

تعديل احتاج لتعديل هبا ❁ إلّا مزكي امرأة او غربا

ومن هنا يتبين التساهل الواقع من الحكام ، في قبول تزكية من لا يعرفونه بحال ، فضلا عن معرفته بسمة العدالة قال في التبصرة ولقبول الشهادة في التعديل ثلاثة شروط . احدها في شاهدي التعديل والثاني في المخالطة المبيحة للتعديل والثالث في الوصف الكافي في التعديل. فاما شاهده فيشترط فيه ان يكون مبرزا ، ناقدا ، فطنا ، لا يخدع فيغفلة ولا يخفى عليه شروط التعديل. فلا تقبل التزكية من الابله والجاهل بوجوه العدالة ، وان كان في نفسه عدلا مقبولا فيغير ذلك . ولا يقبل تعديل من يرى كل مسلم عدلا بمجرد الاسلام واما المخالطة المبيحة للتعديل فأن يتكرر اختباره له وتطول مخالطته اياه ، ولا يقنع منه في ذلك باليسير لانه يحتاج الى معرفة ظاهرة ، وذلك لا يدرك إلّا مع المطاولة ؛ فان من شأن الناس تزيين الظواهر وكتمان العيوب اه واما صفة التزكية ؛ فهي ان يشهد المزكي (بالكسر) ان المزكّى عدل رضى ولا بد من الجمع بين الوصفين على المشهور وقال في معين الحكام به جرى العمل وقال في التوضيح كون احدى الكلمتين لا تكفي ؛ هو الذي في الجلاب قال في الكافي وهو تحصيل مذهب مالك وقال ابن زرقون(١)

---

(١) هو محمد بن سعيد بن احمد بن سعيد ؛ يعرف بابن زرقون. سمع ابا الفضل عياض بن موسى ؛ واختص به ولازمه كثيرا ولي قضاء شلب وقضاء سبتة . وكان حافظا للفقه مبرزا فيه ؛ مع البراعة في التأدب والمشاركة في قرض الشعر. من تاليفه كتاب الانوار في الجمع بين المنتقى والاستذكار مولده سنة ٥٠٢ وتوفي سنة ٥٨٦

المعلوم من المذهب خلافه ؛ وأنه ان اقتصر على احدهما اجزأه . وهو المعلوم لمالك وسحنون وغيرهما. فقد اختلف التشهير .

والمشهور ان لا تقبل تزكية النساء ؛ لا لرجال ولا لنساء ؛ ولو فيما تجوز شهادتهن فيه . والمسالة ذات خلاف .

واذا عُدِّل شاهد ؛ وحكم بشهادته ؛ ثم شهد ثانيا ؛ فلا يحتاج ؛ عند ابن القاسم ؛ الى تعديل ءاخر . ويكتفى بالتعديل الاول حتى يطول سنة وقال سحنون يطلب تعديله كلما شهد ، حتى يكثر تعديله ؛ ويشتهر مطلقا. وبقول سحنون العمل قديما وحديثا ؛ ولو شهد في يوم تزكيته قاله ابن عرفة . فلو طلب تعديله بالقرب ؛ على قول سحنون ؛ او بالبعد ؛ على قول ابن القاسم فعجز عن ذلك ؛ لفقد من عدَّله اولا ؛ وجب قبول شهادته . لان طلب تعديله ثانيا ؛ انما هو استحسان. قاله ابن رشد. وهو الذي ينبغي اعتماده. ولا تعويل على استشكال ابي علي والشيخ الرهوني. انظر حاشية مهدي على التحفة. وقد نظم المسأله صاحب العمل العام بقوله

ومن يعدَّل في شهادة فلا ❊ بد اذا شهد ان يعدَّلا
ولو مع القرب فان عدم من ❊ عدَّله فبالشهادة احكمن

واذا عُدِّل شخص غيره ، فشهد المعدَّل على المعدِّل ؛ (بالكسر) حكم عليه من غير تزكية ؛ على ما به العمل ، على نقل ابن ناجي، لاقراره بها. وقد نظم المسألة صاحب العمل العام بقوله

والقاضي ان عُدِّل خصم عنده ❊ شخصا قضى به عليه وحده
من دون ما تزكية لانَّه ❊ صار كمن اقر فاعلمنَّه

والتزكية لا تكون إلّا على العين ؛ إلّا ان يكون المعدَّل مشهور العين في البلد؛ لا يشتبه بغيره في صفته واسمه ؛ فلا باس بتعديله غائبا. قاله ابن فتوح

والمتيطي، ولهذا يكتب الموثق في الشهادات الاسترعائية؛ تحت اسم الشاهد؛ لفظة «معروف» فيمن كان معروفا عنده، ولفظة «عرفه مزكياه على العين» اذا كان غير معروف له، وينبغي؛ اذا سقط ذلك من الوثيقة؛ ان لا يعمل بها، لاجمالها، حتى يتم ذلك فان لم يمكن اتمامه، لموت الموثق، استونف تحرير الشهادة.

المبحث الثالث في احكام الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ

الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ، ويسمى ايداع الشهادة، من الشهادة الاصلية، لا قسيم لها فليس هو من الاسترعاء بالمعنى المتقدم في تقسيم الشهادة، ومعناه: طلب المشهد الشهود برعي الشهادة وحفظها، ليؤدوها له عند الحاجة اليها، وموجبه. اما انكار الحق، او الخوف، فيُشهد الانسان الشهود، ان ما سيفعله من نكاح او طلاق او بيع او مخالعة او تحبيس او ترك شفعة او صلح، انما هو لاتقاء الضرر الذي يُلمّ به، ممن طلب منه ذلك، او انكار الحق ممن عليه؛ وأنه غير ملتزم بشيء مما سيبرمه، وأنه على حقه غير تارك له، وأنه يقوم به متى امكنه ذلك، ولا يكتبه العدول إلّا باذن خاص فيه من الحاكم الشرعي، ففي الاجوبة العظومية ومن شرط اعماله، الرفع الى القاضي، واذنه في الايداع، لانه من صور النزاع التي لا يكفي فيها إلّا الرفع للقاضي، وينفع في التبرعات مطلقا؛ سواء أعرف الشهود ما ادعاه المسترعي من الخوف، ام لا، بخلاف المعاوضات فلا ينفع فيها إلّا اذا ثبت بالبينة؛ التقية؛ اي ان المشتري يُتقى ويخاف منه، لكونه يظلم الناس ويأخذ اموالهم. فان لم يثبت ذلك؛ لم ينفعه الاسترعاء ويشترط في الانتفاع بالاسترعاء؛ ان يقوم المسترعي بالفور؛ اي داخل السنة؛ بعد زوال التقية. فان مضى عام على زوال التقية، ولم يقم المسترعي بحقه، لم ينفعه الاسترعاء. قاله ابن سهل، إلّا ان يكون

المسترعي غائبا ؛ او معذورا بما يوجب عذره ؛ فيبقى على حجته في الاسترعاء، الى ان يمكنه القيام به، وقد نظم الشيخ ميارة بعض شروط النفع بالاسترعاء فقال

وفي المعاوضات الاسترعاء يصح ❀ ان علم الاكراه علما متضح

وفي التبرعات الاشهاد كفى ❀ من قبل فعله لما قد وصفا

ولا بد في الاسترعاء ؛ من تأريخه باليوم والساعة ، ليعلم تقدمه، ففي الزرقاني ما نصه ابن عرفة وشرطه ؛ تقدمه على الصلح ؛ فيجب تعيين وقته بيومه ؛ وفي اي وقت من يومه ؛ خوف اتحاد يومهما ؛ اي او وقتهما فان اتحدا: دون تعيين جزء اليوم ؛ لم يفد استرعاؤه، اهـ، وسلمه بناني والرهوني، ومثله في باب انكاح السفيه، من المتيطية، وهو مخالف لما نقله التاودي في شرح الزقاقية، ونصه ويؤرخ فيه بالساعة ؛ ليعلم تقدمه، ابن الهندي فان كان تاريخ الاسترعاء والحبس واحدا ؛ لم يضر ذلك ، وتقديمه اتم، اهـ، اللهم إلا ان يحمل كلام ابن الهندي على التبرعات ؛ وكلام ابن عرفه على الاسترعاء في غيرها، لكن ظاهر كلامهم في الاسترعاء ؛ اشتراطهم تقدمه مطلقا. وقول ابن ابي زيد في العمليات الفاسية (وفي التبرع قبله بدا) يخالف ما لابن الهندي ؛ اذ الشك في الشرط مؤثر ، فما ذكره الزرقاني عن ابن عرفة ؛ هو الذي ينبغي اعتماده،

ومن عقود المعاوضات التي يشترط في نفع الاسترعاء فيها ثبوت الاكراه ؛ عقد الصلح، وانكار الحق يتنزل فيه منزلة الخوف، قال الشيخ ابو ابراهيم التجيبي (١) والاسترعاء لا يجوز إلا في وجهين ؛ احدهما التقية ؛ والثاني

---

(١) هو اسحاق بن ابراهيم بن مسرة ؛ ابو ابراهيم التجيبي . من اهل طليطلة ؛ وسكن قرطبة لطلب العلم ؛ ثم استوطنها اكثر اخذه عن ابن لبابة وابن خالد ؛ وبهما تفقه . توفي بطليطلة سنة ٣٥٢ ـ او سنة ٣٥٤ عن خمس وتسعين سنة

الانكار فان كان هذان الامران ثابتين ببينة لا مدفع فيها : واسترعى عليها قبل الصلح ؛ او قبل البيع ؛ فالحجة في ذلك للمسترعي قائمة ؛ والاسترعاء باق له في ذلك ؛ لا يغيره شيء ؛ ولا ينقطع بشيء ، ما دامت التقية ، وأقام المنكر على انكاره، ومتى ذهبت التقية : او عاد الى الاقرار ؛ وجب للمسترعي القيام بما استرعاه ؛ اذا قام في فور ذهاب التقية ، او اقرار المنكر، إلا ان يكون المسترعي في ذلك غائبا ، او معذورا بما يوجب عذره ، فيبقى في الاسترعاء على حجته الى حين يمكنه القيام في ذلك. اه. من المعيار ، وفي حاشية ابن غازي: قال المتيطي وابن فتوح لا ينفعه الاسترعاء ، إلا مع ثبوت انكار المطلوب ، ورجوعه في الصلح الى الاقرار ، فان ثبت انكاره ، وتمادى عليه في صلحه ، لم يفده استرعاؤه شيئا ، ان لم تقم بينة تعرف حقه، وقول العوام « صلح المنكر اثبات لحق الطالب » جهل ، اه.

ومما يدخل في عقود المعاوضات التي لا ينفع الاسترعاء فيها بغير ثبوت التقية : تعمير الانسان ذمته بدين لغيره : بالاشهاد . قال في نوازل الوكالات والاقرارات من المعيار سئل محمد ابن احمد بن حسون عمن اشهد على نفسه بدين ؛ فلما طولب به قال « انما اشهدت به على وجه الوصية » اذا حضره سفر ؛ وأتى الى القاضي بكتاب فيه « انه انما اشهد بالدين على وجه الوصية » فأجاب ذلك لازم له ، وليست تعمل شهادة من شهدوا ان فعله ذلك ، انما كان على وجه الوصية. شيئا، بل يجب ان لا يسمع منهم فيها ولو جاز مثل هذا ، ما صحت وثيقة بشراء ولا بدين لاحد ، ولا يؤمن ان يسترعي كل من يلزمه الاشهاد على حق له ، ان بينته لوجه غير الوجه الذي اشهد به على نفسه . اه.

ومما يندرج في عقود المعاوضات الطلاق بخلع، فلا ينفع فيه الاسترعاء ، إلا مع ثبوت الاكراه والتقية، فقد سئل ابو الفضل العقباني عمن هربت زوجته

مع رجل، لموضع لا تناله فيه الاحكام، ثم بعد نحو العامين بعث الهارب له بالفداء، فأشهد انه مهما طلق بالفداء او صالح ، فانما ذلك ليرجع الهارب بها ، ثم وكل بعد الاشهاد وكيلا طلقها على مال . فأجاب للزوج اخذ زوجته ، ولا يلزمه الطلاق مع الاستحفاظ ووضوح عذره ، ويرد العوض على من اعطاه وكان على الزوج الثاني ، وعلى من اعانه على سوء صنيعه، الضرب الوجيع والسجن الطويل . وأجاب عنها مرة اخرى بقوله استرعاؤه ينفعه ، ولا يلزمه ما طلق، على الوجه الذي وصفت ، وأخذ العوض لا يمنع صحة استرعائه ، مع ما علم من نشوز المرأه وامتناعها بأهل المنعة والتعدي، اه. فقوله في الجواب الاول « ووضوح عذره » وفي الثاني « مع ما علم من نشوز المرأة وامتناعها بأهل المنعة والتعدي » دليل على ما ذكرناه. قاله شارح العمليات الفاسية. اما الطلاق على غير شيء ، فينفع فيه الاسترعاء ، ولو لم يثبت الموجب. ففي كتاب ابن المواز الاسترعاء في الطلاق جائز . قال في رجل كانت له امرأة لها اب غائب عنها ، فأرسلت اليه ان يزورها ، فلم يفعل ، فأرسل اليه زوجها انه طلق ابنته ، وأشهد قبل الكتاب ، انه انما يفعل ذلك لعله يأتي لابنته. قال ان كان استرعى قبل ذلك شهودا ، فانه ينفعه ذلك ، وان لم يفعل، طلقت عليه. قال ابن عطية الونشريسي ونحو هذا لابن زرب في الاحكام وقاله غير واحد من الموثقين وهو القول المشهور المعمول به اه . ونقل في المعيار ان الاستاذ ابا سعيد ابن لب (١) سئل عن الاستحفاظ في الطلاق ؛ فأجاب الظاهر انتفاعه به وينبغي ، اذا اخذ فيها بهذا الظاهر والبحث عليه ؛ ان يقيد شهادة عليه فيما اشهد به من التحريم ؛ انه لم يقصده ؛ ولا التزم حكمه ؛ حين اشهد به ، ولا عقد

---

(١) هو الاستاذ ابو سعيد فرج بن قاسم بن احمد بن لب الاندلسي الغرناطي ممن بلغ درجة الاختيار في الفتوى . وكان له قيام تام بالفنون وقد انتهت اليه رئاسة الفتوى في العلوم . مولده سنة ٧٠١ وتوفي في ذي الحجة سنة ٧٨٢

عليه نيته في نفسه، لئلا يكون قد بدا له حين اشهد بعد الاستحفاظ شهودا ، انه مهما طلق زوجه فلانة او حرمها ، فهو غير ملتزم له فيما استحفظ. فاذا اعترف ببقائه على حكم الاستحفاظ ، صدق ، لظهوره في رسمه اهـ .

وذكر البرزلي انه اراد الرحيل من القيروان الى تونس ، فأبت زوجته ان ترحل معه ، الا ان يجعل بيدها طلاق من يتزوج عليها ، فاسترعى ان كل ما يكتب لها من ذلك ، فهو غير ملتزم له ، وانتقل بعد ذلك الى تونس ، فكتب له الشيخ ابن عرفة في ذلك ان الاسترعاء المذكور عامل ، حسبما نص عليه المتقدمون والمتأخرون ، ثم ان البرزلي تزوج ، فأخرجت المرأة ما بيدها ، فأبطله الحاكم بما في يده

وسئل القباب(١) عن رجل تطوع لزوجته ، بأنه لا يتزوج عليها ، ولا يتسرى ، ومتى فعل بغير اذنها ، فالداخلة عليها طالق ، والسرية حرة . وكان استحفظ شهودا قبل الطوع. بأنه لا يتطوع الا خوفا منها ان تطلبه بما لها عليه من الديون، من صداق وغيره ، وخوفا من شرها وكيف ان كتب انه ان اسقط الاستحفاظ في ذلك. فانه غير ملتزم لذلك، هل ينفعه ذلك ام لا، فأجاب ان الذي مضى عليه العمل ، ان الاسترعاء عامل في التبرعات كلها ، من طلاق وعتق وغير ذلك، وان لم تكن التقية معلومة، ولمالك ما يدل عليه في الطلاق ، واما ان كتب انه اسقط الاستحفاظ ، فان ذلك لازم له ، ولا ينفعه استحفاظه المتقدم ، إلا ان اشهد في استحفاظه ، انه ان اسقط الاستحفاظ فانه غير ملتزم له، وان اشهد بقطع الاسترعاء في الاسترعاء قطع جميع الاسترعاءات ، ولم ينتفع باسترعائه، هذا

(١) هو احمد بن قاسم بن عبد الرحمن ؛ الشهير بالقباب . اخذ عنه ابن الخطيب القسنطيني والشاطبي والرجراجي . تولى القضاء بجبل الفتح ؛ والفتيا بفاس . شرح احكام النظر لابن القطان وشرح قواعد عياض . وله فتاوى ؛ نقل بعضها البرزلي والونشريسي . وله مراجعات مع الشاطبي؛ ومناظرات مع سعيد العقباني توفي سنة ٧٧٨ ـ او سنة ٧٧٩

الذي مضى عليه جمهور الموثقين . وفيه خلاف. اهـ. وما ذكره القباب في جوابه. هو الذي اقتصر عليه التاودي في شرح الزقاقية. ونصه فان صالح وأسقط في عقد الصلح الاسترعاء ، وكان قد استرعى ؛ واسترعى في الاسترعاء قام بالاسترعاء في الاسترعاء. فان اسقط الاسترعاء ، والاسترعاء في الاسترعاء ، فلا قيام له ، ولو استرعى فيه ، اذ لا استرعاء في الاسترعاء . على الصحيح فما نكتب من قولهم « ما تكرر وتناهى » لا طائل تحته. اهـ. ووضحه محشيه التسولي بقوله الاسترعاء ، هو أن يُشهد قبل الصلح ، في السر انه انما يصالح لوجه كذا ، وأنه غير ملتزم له والاسترعاء في الاسترعاء ، هو أن يُشهد انه لا يلتزم الصلح ، وأنه متى صالح ، وأشهد على نفسه في كتاب الصلح ، انه اسقط عنه الاسترعاء فانه غير ملتزم لاسقاطه. فله القيام في هذا الوجه ايضا. فان اسقط عنه الاسترعاء . والاسترعاء في الاسترعاء ، فلا قيام له ابدا اهـ. واذا اراد الانسان ان يتوثق لنفسه . في نفوذ الصلح وعدم القيام بنقضه ؛ فالاحسن ؛ كما في ابن غازي عن المتيطي ، ان يحمل مُصالحه . على الاشهاد بأن كل بينة تقوم له بالاسترعاء ، فهي ساقطة كاذبة ، وأن يقر ايضا ، بأنه لم يسترع ولا وقع بينه وبينه شيء يوجب الاسترعاء. فان ذلك يُسقط ، ويخرج به من الخلاف. لانه يصير مكذبا للبينة . ومبطلا لها. وهو من دقيق الفقه. اهـ. وقد اشبع الكلام في الاستحفاظ . شراح الزقاقية عند قولها « كذلك الاستحفاظ فاترك » من الفصل الاخير ، وشارح العمليات الفاسية عند قولها

وفى المعاوضات الاسترعاء مع ❁ عقد قبله وبعده نفع

الابيات الثلاثة صحيفة ٢١٧ من الجزء الاول من الطبعة الفاسية ، وصاحب المعيار

المبحث الرابع

في قبول غير العدول من اللفيف في البينات الاسترعائية.

والفرق بين ما عليه عملنا وما عليه عمل اهل فاس

الاصل ان لا يقبل غير العدل في الشهادة، وشهادة العدول هي المعهودة في الشريعة لترتيب الاحكام عليها، والمقصودة بالدعاء الى التحمل، فاذا لم يتفق وجودها، واتفق وجود اللفيف، على الوجه المذكور، رتب الحكم عليه، ثم توسع المتأخرون في ذلك، فقنعوا برتبة دونه، حيث لم تتفق شهادة العدول ولا اللفيف على هذا الوجه، للضرورة الداعية الى ذلك، لئلا تهمل الاحكام وتضيع الحقوق، فحدث بسبب ذلك، نوع من الشهادة لم تتناوله النصوص، ولا تعرض له نقل على الخصوص، وقد سأل القاضي عياض شيخه ابا الوليد بن رشد، رحمهما الله، عن شهادة الكافة، يريد اللفيف، فأجاب بانه ما لم يبلغ عدد الشهود حد التواتر الذي يوجب العلم، فلهم حكم الشهادة على وجهها، والذي لا تتوسم فيه جرحة ولا عدالة، لا تجوز شهادته في موضع من المواضع، ولا ادري من اجاز شهادة الكافة منهم، كما ذكرت، في المذهب، على سبيل الشهادة. وانما تجوز، اذا وقع العلم بخبرهم من جهة التواتر وسأله ايضا عن مدع شهادة رجال عدة إلا انهم غير عدول، فأجاب بأن شهادة غير العدل كلا شهادة، اهـ، لكن اهمال شهادة غير العدل، لما افضى الى ضياع كثير من الاموال والحقوق، جرى العمل بقبولها، قبل الالف عند الفاسيين، وقد نص الشيخ ابن ابي زيد في النوادر، على انا اذا لم نجد في جهة إلا غير العدول، اقمنا اصلحهم وأمثلهم، لجواز الشهادة عليهم. ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم. لئلا تضيع المصالح، قال الشهاب القرافي وما اظن احدا يخالفه في ذلك، وهذا

كله لئلا تهدر الدماء ، وتضيع الحقوق ، وتتعطل الحدود. وفي طرر ابن عات : حكي بعض شيوخنا المتأخرين من الثقاة ، ان اهل البادية اذا شهدوا في حق لامرأة او غيرها ؛ ولم يكن فيهم عدول ، انه يستكثر منهم ، ويقضي بشهادتهم. وقال صاحب الاستغناء عن بعضهم اذا كان البلد لا عدول فيه ، فانه يكتفى بالامثل فالامثل ويستكثر بحسب خطر الحقوق وحكى نحوه عن ابي صالح وقال غيره : لولا ذلك ما جاز لهم بيع ، ولا تم لهم نكاح ، ولا عقد في شيء من الاشياء. اهـ. كلام الطرر. وفي شرح ابن ناجي على الجلاب ، عند قوله « والعدالة شرط في قبول الشهادة » ما نصه يريد ، اذا وجد العدول ، وإلّا فالامثل. ولما وُلّيت قضاء جزيرة جربة ، وجدت اهلها خوارج ، كما يذكر عنهم ، وشهودهم منهم ، وليس فيها من اهل السنة إلّا القليل ، ممن لا يعرف مواقع الشهادة ، كالاجناد. وأهلها من الرجال الاحرار البالغين يزيدون على ثلاثين الفا ، عرّفني بذلك من يوثق به ، ووجدت قضاة اصحابنا بأجمعهم ، عملهم على جواز شهادتهم ، للضرورة وكنت محافظا على من يشهد بالحق ، ولا ابالي بمذهبه وحاله في غير ذلك ، للضرورة قال فيها ولا يتخذ القاضي كاتبا من اهل الذمة ، ولا قاسما ولا عبدا ولا مكاتبا ، ولا يتخذ في شيء من امور المسلمين إلا العدول. قال المغربي : يريد ، ان وجدوا ، وإلا فالامثل فالامثل. فتقييده لقولها. يستروح منه ما ذكرناه. اهـ. المقصود منه. وسئل الشيخ ابو عبد الله القوري ،(١) فقيل له ان اهل زماننا ، لاهمالهم فرائض الله تعالى ، من الصلاة والزكاة وغير ذلك من الواجبات ، يكون في الحي منهم عدد كثير وجم غفير ، وقد يكون منهم من لا يشهد بالزور ، وان كان على الحالة المذكورة

---

(١) هو ابو عبد الله محمد بن قاسم بن محمد اللخمي المكناسي ثم الفاسي ؛ الاندلسي الاصل شهر بالقوري كان شيخ العلماء بفاس ومفتيها مولده سنة ٨٠٤ وتوفي سنة ٨٧٢

فاجاب ان شهادة غير العدول فيها خلاف . فبعض الشيوخ قبل شهادتهم ، وقال يستكثر منهم ، وينظر الامثل فالامثل. والاشبه فالاشبه . وقال لكل قوم عدول، ولكل زمان عدول، وبعضهم اتبع الاصل ، وقال لا يقبل إلا العدول . ولا عمل على شهادة غيرهم اهـ . فتبين من مجموع النقول ، ان شهادة اللفيف انما اجيزت للضرورة ، فيقتصر فيها على محل الضرورة، ويشترط ان يكونوا ممن يتوسم فيهم المروءة، او كونهم امثل من يوجد، ولا اقل من كونهم غير ظاهري الجرحة. وأن يكونوا كثيرين . ويستكثر منهم بحسب خطر الحقوق، قاله ميارة ؛ ونقل جريان العمل عندهم بالاكتفاء باثني عشر،

ولما كان اللفيف قاصرين عن كتابة رسم ما شهدوا به ؛ ووضع اسمائهم بخطوطهم ؛ لقصورهم عنه ؛ احتيج الى كاتب يكتب ذلك عند القاضي . ويلزم ان يكون عارفا بصناعة التوثيق وهناك في المغرب الاقصى طريقتان ؛ الاولى: يطالع الكاتب القاضي بما كتب ؛ ويؤدي الشهود عند القاضي ما قيد عنهم في الرسم ؛ ويضع على اسم كل واحد شيئا : إلا انه لا ينقطها، علامة على انه شهد ؛ ويباشر القاضي الاداء بنفسه ؛ على الاصل في الاداء الطريقة الثانية : وهي الجارية كثيرا ان يعين القاضي عدلا لسماع شهادة اللفيف وتارة يباح ذلك لكل من قدمه القاضي للشهادة . ويكون التقديم للشهادة ؛ متضمنا للتقديم لسماع البينة من اللفيف ؛ مع التعيين او عدمه؛ فكأنه مقدم من القاضي لذلك ؛ ولهذا يكتب القاضي «شهدوا لدى من قدم لذلك » واذا كان هذا المؤدى عنده ؛ مستخلفا من القاضي على ذلك ؛ فقال المتيطي ينبغي لمن استخلفه الحاكم على ثبوت شيء عنده ؛ ان يجيزه به ، بحضرة شاهدين ؛ يشهدان بذلك اهـ قال التاودي في شرح الزقاقية صفحة ٦٨ من الطبعة التونسية يكتب، اي العدل. رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم ؛ ويضع اسماءهم عقب تاريخه ، ثم يكتب تحته رسما اخر، فيه تسجيل القاضي ، اي

الشهادة بثبوت الرسم وصحته عنده ويترك موضع اسم القاضي ابيض ، ثم يطالع القاضي بذلك فيكتب بخطه تحت اسماء الشهود « شهدوا لدى من قدم لذلك بموجبه . فثبت » ويضع علامته موضع البياض ، ثم يضع عدلاه علامتهما عقب هذا الرسم الثاني ، شهادة على القاضي بمضمنه اهـ .

وعملنا بتونس، (١) على ان السامع من اللفيف. لا يكون الا من العدول المنتصبين للاشهاد بأوامر علية ويعتبر ذلك اداء ولكن لا يسمع العدل الشهادة ، إلا بتقديم خاص لذلك من القاضي ، او احد المفتيين ويعبر عن هذا التقديم ، بالاذن ويكتب العدل ، بعد تقييد الشهادة ، ما نصه « وذلك بالاذن من الشيخ القاضي ، او المفتي ، فلان رعاه الله تعالى ، حسبما يضع ختمه اعلاه » ويكتب ، بعد التاريخ ، اسماء الشهود ويضع فوق كل اسم ما نصه « شهد به » وتحت الاسم « معروف » ان كان معروفا عنده « وعرفه مزكياه على العين » ان كان غير معروف عنده ، ثم يكتب التزكية ، ان احتاجت البينة الى التزكية ، بأن كان الشهود غير عدول ، والا كتب تحت اسم الشاهد « معروف بالعدالة » واذا كتب التزكية ، كتب بعدها ما نصه « بالاذن حررت شهادة الشهود امامه،

---

(١) حاشية - كانت الاذون تتلقى من الاعوان؛ او مشافهة من الآذن. واقتضت التراتيب اليوم؛ للمبالغة في الضبط والتحري ؛ ان تكون كتابية فيتسلم العدل بطاقة من الآذن ؛ ممضاة منه ؛ بعد ان يضمن الاذن في دفتر كاتب المحكمة الشرعية تحت عدد ويضمن العدل الاذن وعدده في رسم صك الشهادة وكان المحرر للبينات الاسترعائية واحدا ؛ وقد يحررها عدلان واقتضت التراتيب اليوم ؛ ان لا يحررها اقل من عدلين وقد ذكر المغاربة ؛ ان الاكتفاء بالعدل الواحد ؛ في سماع بينة اللفيف ؛ به عمل فاس لقول ابي زيد الفاسي والعدل يكفي في سماع البينة ؛ لانه من باب الاداء ؛ والسامع من اللفيف نائب عن القاضي في ذلك . وعمل مراكش ؛ انه لابد من اثنين ؛ في السماع من اللفيف لانه كالنقل عنهم ؛ ولا يكفي في النقل واحد. نقله مهدي في حاشية الزقاقية صفحة ١١٧؛ وذكر انه تعاطى الفتوى بفاس ؛ ولم يقف على رسم فيه الاكتفاء بواحد وعليه فعمل فاس موافق لمراكش ؛ الا ان يكون الثاني بفاس على جهة الاستحباب وبمراكش على جهة الوجوب اهـ

او اعلاه او محوله ، اصلا وتزكية» ويضع العدل عقده ، ويختم الآذن بختمه في اعلا الرسم، ويختم ختما ءاخر على التزكية ، ان كانت ، ويكتب بخطه اسفل الوثيقة ، ان كانت الشهادة عنده صحيحة ، ما نصه « يكتب العمل » ويكتب التاريخ. فالختم ، علامة على الاذن ، وكتابة العَمَل ، خطاب بصحة الشهادة ، وصلوحيتها للاحتجاج بها ومن هنا لا يسوغ للقاضي ، ان يخاطب على الرسم بالاعمال ، فيما هو غير صحيح ، ولا يسوغ لقاض ان يعتمد على استرعاء من غير تسجيل القاضي الآذن فيه باعماله . وطالما اوقفنا بينات مقامة في الآفاق ، عن اذن قضاتها ، وقع اهمال التسجيل باعمالها لان عدم الخطاب دليل على ريبة للقاضي فيها وكنا نكاتب القاضي الآذن في شأنها ، فان عرف ان عدم خطابه لريبة فيها ، الغيناها . وان عرف انه لغفلة ، امرناه بتلافي امرها، بالخطاب عليها وحين يتم ذلك نعرضها على المشهود عليه ، للاعذار فيها فهذا الخطاب، من افراد ما يعبر عنه الفقهاء بالثبوت . ويفرقون بينه وبين الحكم ، بأنه يجري فيما لا يدخله الحكم، كالعبادات والبينات . فانها موارد للثبوت وليست محالّ للاحكام ، فمعنى الثبوت نهوض الحجة ، كما في صفحة ٩٢ من الجزء الاول من التبصرة وسيأتي لهذا مزيد بيان ، ان شاء الله في الباب الثالث

وكانوا في القديم يكتبون ، بعد خطاب القاضي على رسم الشهادة بالاعمال ، شهادة باعمالها رأينا ذلك في كثير من البينات القديمة ، وخصوصا القيروانية منها ، وبطل ذلك اليوم

وهل يلزم ، في بينة اللفيف ، الاستفسار اما في المغرب الاقصى ، فظاهر كلام المغاربة ، انه لابد منه ، لانه قائم مقام التزكية ، ولو لم يكن في الرسم اجمال ولا احتمال وهو ظاهر قول الزقاق في اللامية ، في الفصل الذي عقده لما جرى به العمل بفاس

فمن ذاك الاستفسارُ والتزكيات دع ❊ نعم قد يزكى ذو المروءة فاقبلا

قال شراحها ، في تفسير البيت ، ما حاصله ان الاستفسار ، هو استفهام الشهود عما شهدوا به ، وان لم يكن فيه اجمال وأنه اختلف في كونه حقا للقاضي ، او للمشهود عليه وأنه جعل عوضا عن التزكية التي هي الاصل في الشهود ، فترك التزكية ، لان شهادة اللفيف مدخول فيها على عدم العدالة الا السلامة من جرحة الكذب ، وان الشهود اذا كانوا من العوام ذوى المروءة والسمت الحسن ، طلب من المشهود له تزكيتهم ، على اصل المذهب ، لامكان ذلك وقدرته عليه ، بخلاف غيرهم اه وقال الشيخ ميارة في مبحث شهادة اللفيف ، في شرح قول الزقاق « وكثرن ❊ بغير عدول واجتهد وتأملا » ما حاصله وهل الاستفسار غير لازم ، وانما يكون في بعض الاحوال دون بعض. او لازم ، والاول هو مقتضى ما جرى به العمل بفاس فيما ادركناه على عهد المشايخ من ان الخصم لا يمكّن من نسخة الاستفسار ، الا اذا طلبها ، والثاني هو مقتضى التعليل بكتابة غير الشاهد ، قال شيخنا القاضي الفلالي: الاستفسار لابد منه ولو لم يطلبه الخصم ؛ لان ذلك من حق القاضي لان كل من يشهد شهادة ولا يعرف كتبها ؛ وانما غيره يكتبها فلابد للقاضي من استفساره؛ اذ لعل الكاتب كتب مالم يشهد به الشاهد من الفصول كلها اوبعضها. اه ، باختصار ، ومثله في شرح التاودي على الزقاقية ، لكن ذكر الشيخ مهدي في حاشية الزقاقية ان ترك الاستفسار ؛ مخالف لما قالوه ، وذكر الونشريسي ان عمل القضاة بالمغرب الاوسط والاقصى جرى منذ مائتي سنة ؛ باستفسار شهود الاسترعاء عند المبرزين عن شهادتهم ؛ بعد ادائها عند القاضي وقبوله اياهم ، قال ميارة وهوشامل للعدول واللفيف ، وأنكر ابو الحسن الصغير الاستفسار عند المبرزين ، فقال لا يجوز للقاضي ان يبيحه

البتة ، اذ ليس الاستفهام عند المبرزين ، هو الاداء المعتبر ؛ بل الاداء المعتبر ، انما يكون عند القاضي؛وانما هذا نقل شهادة ، اه ، وجرى العمل بفاس ، ان الاستفسار لا يكون إلّا قبل مضي ستة اشهر من يوم الاداء ، فاذا مضت ستة اشهر من يوم الاداء ، حكم به كذلك ، من غير استفسار شهوده. قاله الفلالي. وقال الوانشريسي جرى عمل بعض قضاة المغرب ، في هذا التاريخ ، وقبله بزمان ، باستحسان ترك الاستفسار ، بعد مضي ستة اشهر من اداء الشاهد شهادته ، معتلاّ بأن هذه المدة مظنة نسيان الشهادة وبعضهم يقول باعتبار ستة اشهر ، ان اداها اثر تحملها ، واما ان طال زمن ما بين تحملها وادائها ، ثم زعم نسيانها بعد ستة اشهر ، فانه لا يقبل والحق خلاف هذا كله اه. بنقل ميارة . وقد نظم هذا العمل صاحب العمل العام فقال

واستحسنوا ان مر نصف عام ❊ من الاداء ترك الاستفهام

ونظمه ناظم عمل فاس فقال

وستة الاشهر حد استفسار ❊ في البينات قاله في المعيار

هذا ملخص العمل الفاسي واما عملنا التونسي ، فهو جار على ان الاستفسار من حق القاضي فقد يستفسر الشهود ، ان رأى موجبا لذلك وقد يترك الاستفسار ، ان لم ير داعيا اليه ، ولو ألحّ المشهود عليه في طلبه ، اذا لاح له ان الغرض من طلبه الاعنات والتشغيب ، وقد يتولى الحاكم الاستفسار بنفسه وقد يسنده الى من يثق به من العدول المنتصبين ولا يخفى ان الاحوط لصيانة الحقوق ، ان يلتزم اشتراط الكثرة في شهادة اللفيف ، والاداء عند الحاكم ، كما هو الاصل في الشهادة واذا وقع الاداء عند العدول المنتصبين للاشهاد ، ان يلتزم استفسار الشهود من الحاكم نفسه فاذا التزم ذلك ؛ قلت المجازفة ، ولم يرُج الزيف لدى الصيارفة ، اما الاسترسال على قبول هذه

الشهادات . واجرائها مجرى شهادة العدول؛فمجلبة للشرور . ومطية لنفاق سوق الزور والفجور . ولله عاقبة الامور .

المبحث الخامس في الشهادة على الخط

الشهادة على الخط ، كما في شروح التحفة وغيرها ثلاثة اقسام الاول ، شهادة الشاهد على خط نفسه . والثاني ، الشهادة على خط الميت ، او الغائب . الثالث الشهادة على خط المنكر انه خطه . فاما القسم الاول وهو ما اذا عرف الشاهد خطه ، ولم يذكر شهادته ، فقد جرى فيه خلاف ، وعن مالك فيه قولان . والذي جرى به العمل الفاسي ، هو قوله المرجوع عنه يؤديها اذا لم يكن في الكتاب محو او بشر لم يعتذر عنه ، وتنفع المشهود له . وهو اختيار سحنون ومطرف ، وقول المغيرة (١) وابن ابي حازم وابن دينار ، واختيار اللخمي قال لو وكل الناس اليوم الى الحفظ ، لما ادى واحد شهادته ، ولضاعت الحقوق . والقول الثاني المرجوع اليه ، هو المشهور ومذهب المدونة قال فيها اذا عرف الشاهد خطه ، في كتاب فيه شهادته ، فلا يشهد حتى يذكر الشهادة ويوقن بها . ولكن يؤدي ذلك كما علم ، ثم لا تنفع الطالب . قال ابن ناجي ما ذكره هو المشهور ، وأحد الاقوال الخمسة قال شيخنا حفظه الله ، يعني البرزلي ، وبه العمل . اهـ . وهو الذي اقتصر عليه صاحب المختصر . وقد نظم صاحب العمليات الفاسية ما جرى به عملهم فقال

والشاهد العارف خطه ولم ❁ يذكر شهادته ادى للحكم

ان لم يكن محو به او ريبة ❁ وتنفع الشهادة المطلوبة

---

(١) هو المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي احد من دارت عليه الفتوى بالمدينة المنورة بعد مالك بن انس رضي الله عنه . سمع اباه وهشام بن عروة وأبا الزناد ومالك بن انس . وخرّج له البخاري . مولده سنة ١٣٤ وتوفي سنة ١٨٨

ونظم هذا العمل صاحب العمل العام فقال

ومن برسم خط نفسه عرف ❁ لكنه لم يتذكر ما سلف
ادّى بما علمه وعمله ❁ فيه ولم ينتفع المشهود له
وأهل فاس بعد هذا عملوا ❁ على انتفاعه بها فتقبل

وفي البيان والتحصيل اختلف كيف يؤديها، فقيل انه يقول « هذه شهادتي، بخط يدي ؛ ولا اذكرها » وقيل يقول « ارى كتابا يشبه كتابي، وأظنه اياه، ولست اذكر شهادتي، ولا متى كتبتها » اهـ، وعملنا اليوم، مطابق لما به عمل فاس، فان العدول المنتصبين للاشهاد، يعملون على ما قُيِّد، ووضعوا علامتهم فيه، وان لم يذكروا الشهادة،

وحكم القاضي في ذلك، مخالف لحكمهم، فاذا وجد حكما في ديوانه، بخطه، دون ان يذكره فليس له ان يعمل به إلّا ان يشهد عنده بذلك الحكم شاهدان، وكذا اذا وجده القاضي المتولي بعده، فانه لا يعمل به، دون ان يشهد به شاهدان، ولذا اصلح التاودي قول التحفة « والحكم في القاضي كمثل الشاهد » البيت بقوله

والحكم في القاضي بعكس الشاهد ❁ فلا ينفذ لمعنى زائد

ولو نسي الشاهد الشهادة، وأخبره عدلان بأنهما سمعاه يشهد بكذا، لم يجز له ان يعتمد في ذلك قولهما، ليشهد به، والفرق ان الشاهد متعبد بأن لا يشهد إلّا بما علمه، دون ما ظنه، والقاضي على العكس في ذلك، فلا يصح الحاق احدهما بالآخر، نقله عظوم في البرنامج ؛ ءاخر قضائه وأول شهاداته، عن ابن ناجي في اول اقضية كبيرة،

واما الثاني، وهو الشهادة على خط الميت ؛ او الغائب، فقال ابن رشد في البيان والتحصيل : لم يختلف، في الامهات المشهورة، قول مالك في اجازتها واعمالها. وقد قيل

انها لا تجوز . وروي ذلك عن مالك . والى هذا ذهب محمد بن المواز ؛ وجعل الشهادة على خطه . كالشهادة على شهادته ، اذا سمعها منه ولم يشهد عليه بقول ، فكما لا يجوز ان يشهد على شهادته ، اذا سمعه يقول « لفلان على فلان كذا وكذا » حتى يشهده على قوله . اذ قد يخبر الرجل بما لا يتحققه ، تحققا يتقلد الشهادة به ، فكذلك لا يجوز له ان يشهد ؛ اذا رأى شهادة بخط يده ، بحق لفلان على فلان ؛ حتى يشهده على خطه . اذ قد يكتب شهادة من لا يتقلد الشهادة بها ؛ ومن اذا دعي اليها استراب فيها وتوقف عنها ؛ ومن لا يعرف المشهود عليه إلّا بعينه ، وقد لا يعرفه بعينه ولا باسمه وقال في المفيد قال ابن حارث جرى العمل من القضاة ببلدنا ؛ يعني قرطبة ، باجازة الشهادة على خط الشاهد ؛ ولا اعلم احدا من اهل العلم فرّق في ذلك بين الاحباس وغيرها ؛ في حال من الاحوال اهـ . وعملنا بتونس ، على إعمالها في كل شيء : كما في حاشية ابن الطاهر على التحفة . اما عمل فاس فخصص ناظمه قبولها بالمال والحبس القديم . فقال

بخط شاهد يموت او يغيب ❁ في المال والحبس القديم اشهد تصيب

ونقل شارحها عن المنجور ، ان العمل بفاس على قبول الشهادة على الخط مطلقا . وذلك هو ظاهر اطلاق الزقاق في اللامية

ولا يجوز الرفع إلّا على الخطوط المعروفة ؛ التي لا يقدر على الضرب عليها . قاله في المعيار . ونحوه لابن عرضون(١) قائلا : اذا كانت العلامة يمكن الضرب عليها من الفجّار ؛ لعدم قوة تشكيلها ؛ فلا يجوز لحاكم ان يقبل الرفع عليها ؛ لان الشك يتطرق اليها ؛ وحيث يتطرق ؛ يسقط الحكم واذا لم يضع ذو الخط علامته ؛ فلا يرفع عليه ؛ لانه ربما كتب ولم يتم الامر قاله البرزلي عن

---

(١) هو ابو العباس احمد بن الحسين بن عرضون ؛ الفقيه الموثق القاضي . اخذ عن المنجور والسراج والحميدي . وتوفي سنة ٩٩٢

الطرر قلت ما ذكره البرزلي متعين في الشهادات المدرجة برسوم مستقلة بها اما الشهادات المدرجة بدفتر العدل المعد لتقييد الشهادات ؛ المعروف بدفتر المبيضات ؛ فانه يرفع فيه على امضاء الشاهد فيه ، دون علامته لان الشاهد لا يضع علامته فيه؛ وانما يضع امضاءه، اي اسمه بخطه. ويعطف عليه بالامضاء ايضا: العدل الثاني الذي تحملها معه وقد يكتب العدل الشهادة بخطه ، وقد يكتبها احد كتبته ، ويمضي عليها العدل وجليسه ، كما تقدم، ولا يوضع في دفتر المبيضات إلا الشهادات التامة فينتفي الاحتمال الذي ذكره البرزلي

فاذا مات العدل او غاب ؛ وأريد الرفع على شهادته ؛ لانه لم يخرجها بالرسم ؛ استأذن عدلان ؛ الحاكم الشرعي من قاض او مفت ؛ في اخراج الشهادة وادراجها بالرسم ، فيكتب العدل الحي الحاضر شهادته ، ويعقد عليها بعقده ؛ ثم يخرج العدلان ؛ اسفل شهادة الحي؛ ما بالدفتر ؛ ويعقدان على ذلك، بعد ان يشهدا ان الامضاء امضاؤه ؛ من غير شك عندهما في ذلك ولا ريبة ؛ وأنه برسم العدالة الى ان توفي ؛ او الى الآن ان كان غائبا، ويضمنا اذن الحاكم. ويختم الحاكم تلك الشهادة بختمه،

ولا يشترط ادراك الشاهد صاحب الخط ؛ لامكان معرفته دون صاحبه ، قاله ابن عبد السلام ، وفي شرح ابن ناجي في اول شهادة السماع من المدونة ما نصه قال بعض شيوخنا ؛ يعني ابن عرفة وحضرت يوما بعض من قدمه ابو علي ابن قداح (١) للشهادة بتونس ؛ وهو ابو العباس بن قليلو ؛ وقد ناول القاضي ابن عبد السلام وثيقة ؛ ليرفع فيها على خط شاهد فيها ؛ فقال له انك

---

(١) هو ابو حفص عمر بن علي بن قداح الهواري التونسي تولى قضاء الانكحة بتونس مرتين . وكانت الفتوى تدور عليه وعلى ابن عبد الرفيع. اخذ عنه ابن عرفة . وتولى قضاء الجماعة بعد ابن عبد الرفيع ؛ وتوفي وهو يتولاه ؛ سنة ٧٣٤ ـ وتولى قضاء الجماعة بعده ابن عبد السلام .

لم تدرك هذا الشاهد الذي اردت ان تشهد على خطه ، ورد عليه الوثيقة ؛ ومنعه من الرفع على الخط فيها ؛ وأنا جالس عنده ، فلما انصرف ابن قليلو قال لي: انما لم اقبل شهادته على الخط فيها ؛ لانه ليس من اهل المعرفة بالخطوط. وليس عدم ادراك الرافع على خط كاتبه ؛ بمانع من الشهادة على خطه ؛ اذا كان الشاهد عارفا بالخطوط ، فانا نعرف كثيراً من خطوط من لم ندركه كخط الشلوبين (١) وابن عصفور (٢) ونحوهم ؛ لتكرر خطوطهم علينا مع تلقينا من غير واحد من الشيوخ ؛ انها خطوطهم ، اه.

وإذا كانت الوثيقة المشهود على خطها ؛ مشتملة على المعرفة ؛ او التعريف بالمشهد ؛ او وصفه ؛ لم يشترط ان يشهد الشاهد بالخط ؛ ان المشهود على خطه ؛ كان يعرف من اشهده معرفة عين ، وان خلت الوثيقة من ذلك ؛ فقال ابن زرب باشتراط ان يشهد الشاهد بالخط ؛ ان المشهود على خطه كان يعرف مشهده ، وصُحح ؛ ودرج عليه خليل في قوله « وأنه كان يعرف مشهده » وقال ابن راشد القفصي ظاهر كلام المتقدمين انه لا يحتاج الى ذلك ؛ ويحمل العدل انه لا يضع شهادته حتى يعلم انه يشهد على خطه ؛ وأنه لا يضعها إلّا عن معرفة ؛ وإلّا كان شاهداً بزور ، والفرض انه عدل ، وبهذا جرى العمل عندنا بقفصة، وهو الصواب ، اه، ونظمه في العمليات القاسمية بقوله

وذكر القفصي ان العملا ❊ عندهم الشاهد محمول على
انه ما كتب حتى عرفا ❊ مشهده فليقتصر من عرفا

---

(١) هو ابو علي بن محمد الازدى الاشبيلي ؛ يعرف بالشلوبين كان في النحو والعربية بحرا زاخرا! اخذ عنه ابن عصفور وجمال الدين ابن مالك وابن الابار. له كتاب التوطئة في النحو ؛ وكتاب القوانين فيه ؛وشرحان للجزولية ؛ وتعليق على المفصل للزمخشري توفي سنة ٦٤٥

(٢) هو ابو الحسن علي بن موسى الحضرمي ؛ المعروف بـابن عصفور ؛ النحوي الكبير اخذ عن ابي علي الشلوبين . له من التاليف المغرب والممتع والمقرب توفي سنة ٦٦٩

وظاهر كلام المتيطي ، ان ذلك لا يقدح في شهادته . ومثله لابن سهل ، كما في البرزلي ؛ قائلا تسميته لهما معرفة وذيّل عليه البرزلي بقوله قلت ، قد يكون عدم التسمية اعرف وقال البناني مقتضى كلام ابن سهل وابن فتوح ، ان ذلك يبطلها ؛ ولابن عرفة تفصيل ، وهو أن الشاهد ان كان معلوم الضبط والتحفظ ، قبلت ، وإلّا ردت ، إلّا ان تكون على مشهور كالرؤساء . اه . ولعل تفصيل ابن عرفة اسدّ المذاهب .

وليس من تمام التعريف ، التعرض لتعديل ذي الخط . فاذا كان الشاهد بالخط لا يعرف عدالة صاحبه ، لا يشهد إلّا بمعرفة خطه خاصة . ثم ان احتاج القاضي فيه الى تعديل ، جاز ان يعدّله غير الشاهد بخطه . وان لم يحتج القاضي الى تعديله ، لمعرفته بعدالته ، لم يحتج الى تعديل . لان التعديل يستند فيه القاضي الى علمه . قال المتيطي في كتاب الحبس ، في فصل ذكر فيه ، ان قائما قام بالحبسية ، ان فلانا باع حبسا ، ما نصه وان كان الشهود الذين شهدوا على خطوط شهود موتى ، في كتاب الحبس ، قلت « فأتى اليه بفلان وفلان ، فشهدا عنده ، انْ شهادة فلان وفلان ، الواقعة في كتاب الحبس ، المتسخ في هذا الكتاب بخطوط ايديهما ، لا يشكان في ذلك ، وأنهما ميتان . فقبل القاضي شهادة الشاهدين المشهود على خطوطهما . » وان عدلهما الشاهدان على خطوطهما . وأجاز ذلك ، قلت في اثر قولك: وأنهما ميتان « وأنهما كانا بوسم العدالة وقبول الشهادة في تاريخ شهادتهما المذكورة وبعدها . الى ان توفيا » وان عدّلهما عنده غير الشاهدين الذين شهدا على خطوطهما ، قلت في الشاهدين « وقبل شهادتهما ، لمعرفته بهما . وقبل شهادة فلان وفلان ، المشهود على خطوطهما ، بتعديل فلان وفلان لهما عنده ، بالعدل والرضى ، الى ان توفيا على ذلك » . اه . بنقل الحطاب ، عند قول خليل « وتحملها عدلا »

ويشترط في قبول الرفع على الخط ، ان يكون بشاهدين اثنين ، على المشهور والمعتمد، وبه افتى الشيخ ابو الحسن الصغير، وهو الجاري عليه عمل اهل تونس، ونقل الفاسيون المتأخرون ان العمل عندهم ، جرى بفاس ، على الاكتفاء بالشاهد الواحد دون يمين ، في الرفع على خط الميت والغائب، وهو قول اشهب كما في التبصرة الفرحونية .

واختلف في قدر الغيبة ؛ المبيح للرفع على خط الغائب، فقال ابن الماجشون : مسافة القصر، وحكى ابن منظور (١) ان به العمل ، وقال أصبغ البعيدة جدا ؛ كمصر من افريقية،واستحسن القاضي ابن عبد السلام ؛ قول سحنون : عدم التحديد ، إلا بما تنال الشاهد فيه مشقة والقاضي يعلم ذلك عند نزوله. قال ابن عبد السلام وجرت العادة عندنا ، أن اختلاف عمل القضاة ، يتنزل منزلة البعد ، وان كان ما بين العملين قريباً لان حال الشاهد يعلم في بلده ؛ وعند قاضيه ، لا في غيره ، وفيه مع ذلك ضعف ، فان الذي يشهد على خطه، كالناقل عنه ، فلا بد ان يعدله ، او يكون معلوماً عند القاضي ، اه، ونقل كلامه تلميذه ابن عرفة ، وبحث فيه بقوله مقتضى تعليله ما زعمه من الضعف ، بما ذكر ان العادة عندهم ، ان لا يفتقر في الشهادة على الخط ، الى ثبوت عدالة ذوي الخط ، وهذا شيء لا اعرفه ، ولا سمعت به ، عن عادة جرت بافريقية، والذي اعرفه وشاهدته ، ان القاضي المرفوع عنده على الخط ان كان عنده ذو الخط مقبولا ، قبله ، وإلّا طلب تزكيته ، اه، وقد تقدم قريبا عن المتيطي ، نظير ما قاله ابن عرفة .

واما القسم الثالث ، فهو الشهادة على خط المقر بشيء ، ثم ينكر انه خطه ، او يموت ؛ فيشهد على خطه ؛ فيلزم بما تضمنه خطه من الاقرار ، قال في الشامل:

---

(١) هو القاضي ابو عبد الله محمد بن منظور القيسي الاشبيلي. توفي سنة ٤٦٩

ولو كتب ذكر حق على نفسه بخطه ؛ ولم يكتب شهادته ؛ اي علامته ؛ فهو اقرار ، فان كتبها ؛ يعني الشهادة ؛ اي العلامة ؛ فأقوى ؛ اي فهو اقوى في الاقرار ، اه، ومثله لابن رشد في البيان والتحصيل . ونقله ابن عرفه ؛ ثم قال: تسوية ابن رشد ، بين الذي كتب شهادته على نفسه في ذكر الحق ؛ والذي كتب ذكر الحق على نفسه بيده ؛ فقال « لفلان علي كذا وكذا » ولم يكتب شهادته ، خلاف ما حكى ابن عات في طرره ، اذ قال ما نصه في المجالس ، ان كتب الوثيقة بخط يده وشهادته ، نفذت ، لانه قليل ما يضرب على جميع ذلك، وان لم تكن شهادته فيها ، لم تنفذ ، لانه ربما كتب ثم لم يتم الامر، وان كتب « لفلان عندي او قبلي » بخط يده ، مضى عليه ، لانه خرج مخرج الاقرار بالحقوق ، وان كتب « لفلان على فلان » الخ الوثيقة ، وشهادته فيها ، لم يجز إلا ببينة سواه ، لانه اخرجها مخرج الوثائق ، وجرت مجرى الشهادة ، فلم تجز الشهادة على خطه وهو تفسير جيد، وهي مسألة فيها اختلاف، اه، ونقل كلام الطرر ، ابن ناجي في سابعة اقضية كبيره ، وفي الثانية والعشرين من شهادات كبيره ، والبرزلي في الواحدة والثلاثين من اقضية حاويه . قال ابن ناجي في اقضية كبيره : ووقعت في احكامي بباجة . مسألة منه : كتب الفقيه عقبة بن سرور الماكني ، انه « وكل فلانا ، على ان يعقد له النكاح على فلانة ، بما يراه ، ويسوغ شرعا ، وأذن في الرفع على خطه ، لمن يجب له الرفع شرعا وكتب بتاريخ كذا . والسلام » وطلب مني وكيله ، مع بعض العدول ، ان يرفع على خطه ويعقد له، فقلت وقعت هذه المسالة ببلدكم فيما مضى ، وأفتى فيها شيخنا ابن عرفة : انه لا ينفع ، وان الحكم الذي للرجل . لا يصح إلا بشهادة غيره عليه ، بخلاف الحكم الذي عليه ، فيصح بشهادته وحده فبلغ ذلك شيخنا الغبريني فقال ما ذكره في فتوى شيخنا ابن عرفة حقيق ، فانه كان

به يفتي، وليس بصواب ولكن ما خالفته في حياته ، ولا اخالفه بعد وفاته وأمر باعادة الوكالة بشاهدين وبعد ذلك بقليل ، جاءت الى القيروان وكالة من شيخنا الزعبي ، بمثل توكيل الفقيه عقبة . وعُمل عليها. ولو علم شيخنا الزعبي بفتوى شيخنا ابن عرفة ، لما فعل فتحصل في العمل وعدم العمل بها ، قولان، عدم العمل بها افتى به شيخنا ابن عرفة . والعمل بها قاله ابو الخير عقبة ، وشيخنا الزعبي ، وصوّبه شيخنا الغبريني اهـ، وما استظهره التسولي في شرح التحفة ، من الغاء ما عليه شهادته ، اذا لم تكن الوثيقة مكتوبة بخطه ، ضعيف . غير صواب ، مخالف لما شرح به الحطاب قول خليل « وجازت على خط مقر » من انه لا فرق بين ان تكون الوثيقة بخطه ، او فيها شهادته فقط، ومثله لابي علي في شرحه، ووجه ضعفه ان احتمال الضرب على ما بالرسم مع وضع الشهادة ضعيف جدا، وعملنا اليوم ، في العقود والالتزامات الواقعة بخط اليد ، دون اشهاد ، اذا كانت بامضاء العاقد ، او الملتزم ، او بعلامته فيما اذا كان عدلا ، جار على اعتبار ذلك ، اذا ثبت الخط بشهادة عدلين . وهو صريح كلام ابن رشد ، لكن ينبغي للقاضي ان يتنبه الى امرين احدهما ، الى ان الاكتفاء بالامضاء ، يلزم تقييده بما اذا كان الممضي عارفا بالكتابة، اما اذا كان لا يعلم من الكتابة إلّا وضع اسمه ، ككثير من العوام . فلا يقوم الامضاء حجة عليه ، اذا انكر وقوع ما تضمنته الكتابة . وذكر انه يعتقد أن الكتابة في غرض ءاخر ، وأن الكاتب اخبره بأن الكتابة في الغرض الذي ذكره ، فأمضى لاعتقاده صدقه ووقعت هذه القضية امام المجلس المالكي، فوجهنا اليمين على الممضي ، ولما حلف . الغينا الكتاب المشتمل على الامضاء، ووجهه ظاهر ، الثاني ، ان لا يعتبر الكتابة الخالية من الامضاء لان العادة عندنا ، جارية على ان الكتابة لا تعتبر تامة ، إلّا بالامضاء، ومراعاة العادة من الاصول ألتي انبنت عليها الاحكام، وقد صرح

الفقهاء بأن الاحكام المستندة الى العوائد تتغير بتغير العوائد . قاله القرافي وابن عبد السلام وغيرهما.

ولا يثبت الحق ، بمجرد ثبوت الخط ، في الوصية المكتوبة بخط يد الموصي ، والطلاق المكتوب بخط المطلق ، ويحتاج في نفوذ الطلاق، الى ان يرسل الكتاب اليها ، او الى رجل يعلمها بذلك ، فيحكم لها حينئذ بطلاقه ، اذا شهد على خطه عدلان . واما ان لم يخرج الكتاب من يده ، فلا يحكم لها به ، إلا ان يقر انه كتبه مجمعا على الطلاق ، او ينص فيه على انه انفذه . كما قاله ابن رشد في الكتابة بالعتق قاله التسولي. ويحتاج في نفوذ الوصية ، بعد ثبوت الخط، الى ثبوت ان الموصي ، دفع الكتاب الى الموصى له ، او الى امين . في حياته فان وجد رسم الوصية في تركته ، فقال ابن رشد : اذا لم يشهد الموصي على خطه . ولم يثبت للموصى له من يشهد له بأنه دفع الكتاب اليه ، سقط الحكم بما تضمنه الخط المذكور ، اذ قد يكون اراد ان يؤامر نفسه . ولم يعزم على انفاذه، والرواية به عن مالك مسطورة ، قال البرزلي : قلت . ما ذكره عن مالك . هو ما رواه الباجي وغيره : من كتب وصيته بيده ، فوجدت في تركته ، وعرف انها خطه ، بشهادة عدلين، لم يثبت شيء منها ، حتى يشهد عليه، اذ قد يكتب ولا يعزم ، رواه ابن القاسم في المجموعة والعتبية ، ونقل البرزلي عن اللخمي ، انه قال ان قال « فليشهد على خطي من وقف عليه » فينفذ ما فيه . وإلا . فالرواية : لا ينفذ ، اه. قال الشيخ التسولي في شرح قول التحفة « وصححت لولد الاولاد » البيت : معنى قوله « قال » كتب ذلك لا انه قال ذلك للناس لانه في معنى الاشهاد عليها، ولا خلاف حينئذ في تنفيذها قلت، ما استظهره التسولي ، وان كان ظاهراً في نفسه . الا انه خلاف ما استظهره صاحب التوضيح ، ونصه : انظر قوله ، يعني عياضا . وقال « اذا مت » هل المراد ، شهد على قوله من غير خط ، او المراد

انه وجد ذلك بخطه وشهد عليه ، والاول اقرب الى حقيقة اللفظ . اذ القـول حقيقة انمـا هو في الملفوظ به. اهـ. فقول ابي زيد في العمليـات الفاسية

وكاتب بخطه لم يشهد ❁ عليه او يقل تنفذ اردد

مقيد . بمـا اذا بقي عند الموصي خطه الى ان مات ، وإلّا نفذت قطعـا . دون الشرطين المذكورين. قاله التاودي.

واختلف هل يقضى بالشهـادة على خط المقرّ . من غير يمين وهو ما اقتصر عليه في المختصر ، وذكر صاحب التحفة ان به القضاء. او لا بد من اليمين ؛ لضعف الشهادة . وهما روايتان ؛ منشؤهما هل ينزّل الشاهدان على خط المقر ؛ منزلة الشاهدين على الاقرار او منزلة الشـاهد فقط ولو قام بالخط شاهد واحد ؛ فهل يحلف الطالب معه ؛ ويستحق او تبطل شهادته روايتان ؛ مبنيتان على الاحتياج ؛ مع الشاهدين ؛ الى اليمين ؛ فلا تقبل . او لا ؛ فتقبل مع اليمين وفي التبصرة عن الطرر ؛ ان الصواب عدم الحكم بها . اهـ. ولابن رشد : لم يختلف قول مالك ؛ في قبول شهادة الشاهد الواحد على الخط. مع اليمين. ونحوه لابن يونس قال التسولي وهذا اقوى مما في الطرر.

واذا لم يوجد من يشهد على خط المنكـر لخطه ؛ فطلب المدعي ؛ ان يجبر المدعى عليه ان يكتب بمحضر العدول ؛ ويقابلوا ما كتبه ، بما اظهره المدعي؛ وزعم انه خط المدعى عليه. فأفتى الشيـخ عبد الحميد الصائغ بـأنه لا يجبر. لانه كالزام المدعى عليه اقامة بينة ؛ لاثبات ما ادعاه المدعي ؛ وهذا لا يلزمه. وأفتى اللخمي بأنه يجبر علي ذلك ؛ وعلى ان يطول فيما يكتب ، تطويلا لا يمكن معه ان يستعمل فيه خطاً غير خطه ورد ما احتج به الصائغ ، بأن البينة يقطع المدعى عليه بكذبها ، فلا يلزمه ان يسعى في امر يقطع بكذبه. واستظهر ابن عرفة فتوى عبد الحميد ولعل وجه استظهاره ؛ ان الخط الذي

استظهر به المدعي لا يحصل للشهود ادراك كونه خط المدعى عليه ، ليشهدوا عليه بمجرد المماثلة الحاصلة بينه وبين الخط الذي يكتب بمحضرهم ، حتى تكرر رؤيتهم لوضعه . او يسمعون بأنه خطه سماعا يحصل لهم العلم بذلك. ولم يحصل شيء من الامرين قاله عظوم في البرنامج وفي التبصرة الفرحونية : رجح اكثر الشيوخ ما افتى به اللخمي

المبحث السادس في الشهادة على الشهادة. وهي شهادة النقل

قال في المدونة : وتجوز الشهادة على الشهادة ؛ في الحدود والطلاق والولاء ؛ وفي كل شيء ، وشهادة رجلين ؛ تجوز على شهادة عدد كثير ولا ينقل اقل من اثنين ، في الحقوق ، عن واحد فأكثر ، ولا يجوز نقل واحد عن واحد ، مع يمين الطالب ، في مال ، لانها بعض شهادة شاهد ، والنقل نفسه ، ليس بمال ، ولو اجيز ذلك ، لم يصل الى قبض المال إلّا بيمينين ، وانما قضى النبي صلى الله عليه وسلم ، في الاموال ، بشاهد ويمين واحدة ، اهـ قال ابن ناجي في صغيره : اعلم ان للنقل خمسة شروط . احدها ، ما في الكتاب ، ان ينقل اثنان فأكثر ، عن واحد فأكثر ، الثاني ، ان يكون شهود الاصل والنقل عدولا ، وهذا يكاد لا يحتاج الى تنبيه عليه ، الثالث ، أن يبقى شهود الاصل على شهادتهم ، حتى يحكم بها ، الرابع ، ان يقول المنقول عنهم « انقلوها عنا » ، الخامس ، ان يكون ذلك لعذر مرض او سفر ، إلّا في النساء ، فانه ينقل عنهن ؛ وان كن حضوراً ، قاله مطرف وابن الماجشون ، وقال المازري لما أُمر به النساء من الستر ، والبعد من الرجال ، وقال ابن عبد السلام فيه عندي نظر ، ولو قيل في ذلك بالفرق بين من جرت عادتها بالخروج نهاراً ، وبين غيرها ، كما قيل في اليمين ، لكان له وجه ،

المبحث السابع في العمل بالنسخ والمضامين

النسخ لا يعمل بها ، إلّا اذا كانت مقامة عن اذن الحاكم الشرعي ، ومختومة بختمه ، وخاطب عليها ، وكيفية الخطاب بالنسبة لنسخ الاحباس ، على ما جرى به عملنا التونسي: ان يكتب الحاكم، اعلا النسخة، بخطه ، ما نصه « قوبل ، المقصود منه بأصله، فتطابقا وكانا نصاً سواء » أو « قوبل الفرع بأصله فتطابقا وكانا نصاً سواء، وأعلم به فقير ربه فلان القاضي ببلد كذا ؛ او المفتي ببلد كذا » وبالنسبة لغيرها ، ان يكتب اسفل النسخة « ثبت لديَّ » . والاصل فيما جرى به عملنا ان الاصل المنسوخ منه ، لا بد ان يثبت عند القاضي ، ويكون بحيث لو حضر لقضي به ، فمخاطبة القاضي على النسخة ، دليل على ثبوت رسم الاصل عنده ، وصحته ، لثبوت عدالة شاهديه ، وثبوت علامتهما عنده ، وسلامة الرسم مما يوهن الاحتجاج به ، من بشر ، او محو ، او الحاق ، لم يعتذر عنه ، فيما هو مقصود بالشهادة ، اما اذا كانت النسخة غير مخاطب عليها ، فأصلها محتمل للنهوض وعدمه ، وما دام هذا الاحتمال قويا ، لا يمكن التعويل على الفرع ، الذي هو النسخة ، لان قبولها ، مترتب على قبول الاصل ، ولا يدفع احتمال ختلال الاصل ، عدالة شاهدي النسخة ، لانه ربما خفي عليهما من امر الاصل الشيء الكثير ، وقد علمت مما سبق ، عن ابن عبد السلام ، ان الشهادة على الخط ، لا تقبل من جميع العدول ، وانما تقبل ممن له فطنة زائدة ، وقد انضم الى ما قررناه ، ما علم من كثرة تحيل الناس ، ولاسيما في الاحباس ، فطالما عمد من لا استحقاق له في الوقف. فيكشط من الاصل بعض اسماء الاعيان الموقوف عليهم، او بعض حروفه ، ويبدله باسم اخر، او حروف اخرى ، يضعها موضع الاسم الاصلي ، ليمكنه الدخول من الاسم المثبت ، ويجتهد في اخفاء ذلك ، حتى لا يتنبه له إلّا باعمال النظر الصحيح ، ويخشى ان استظهر بالاصل ، ان يتنبه

اليه . فيطلب اخراج نسخة من رسم الوقف . ويتلف الاصل بعد الاستحصال على غرضه . وربما اخترعوا كتاب وقف . فيما وقفيته ثابتة . وزوروا علامة شهود موسومين بالعدالة . الى غير ذلك من ضروب التحيل . فلزم التثبت التام في امر النسخ . وأن لا تعتمد . إلا حيث يغلب الظن بصحة اصولها . وقد ذكر صاحب المعيار . والمازوني في درره المكنونة ان الشيخ ابا الفضل قاسما العقباني . سئل عن رسم . شهد فيه شهود . وخاطب القاضي عليه . وأعمله قصاة اخر اذا نسخ من اوله الى ءاخر الاعلامات فيه . وقال من قابل النسخة قابلها بأصلها من الفاهما سواء . وعاين الاعلامات الواقعه عقب الاصل . فعلم انها بخط كاتبها الواقع عقب الرسم هل يحكم بالنسخة . اذا عدم الاصل او لم يعدم ؛ او لا فأجاب اذا كان شاهد النسخة قوي العدالة ؛ والمعرفة . والفطنة لما قد يقع في الاصل . من بشر خفي . او زيادة مقحمة . بما قد تتغير به المعاني . عمل على النسخة . ان كان الاصل مما يصح نسخه . اهـ. المقصود منه . ونقل ابن غازي . في تكميل التقييد . ما نصه : قال الامام الونشريسي : ان النسخة اذا نسخت على خط القاضي . وقوبلت بأصلها . وشهد الشهود على اشهاد القاضي . وصحة المقابلة . من عدول الشهود . فحينئذ يعمل بالنسخة . اذا تعذر وجود الاصل اهـ . قال المحقق السجلماسي في شرح قول ابي زيد الفاسي في عملياته

والحكم بالنسخة مشروط بأن ⊛ تقوى العدالة وحال من فطن

ما نصه قلت فمفهوم هذا الكلام . ان النسخة . اذا لم تكن على خط القاضي . ولا شهد عليه فيها الشهود . بثبوت الاصل عنده . لا يعمل بها . وهو الجاري على ما تقدم ؛ من ان الرفع على الخط الغائب لا يفيد . وظاهر مسألة الشيخ ابي الفضل العقباني المتقدمة . واطلاق النظم . ان النسخة يعمل بها

مطلقا ولا يأتي ذلك إلّا على مذهب الشيخ ابي الحسن . الذي لا يشترط حضور الخط عند الرفع عليه . اه . قلت . قول الونشريسي ان النسخة، اذا نسخت على خط القاضي ، اي في الاصل ، باستقلال الرسم واعماله، وقوله وشهد الشهود على اشهاد القاضي ، اي بصحة الاصل عنده ، واستقلاله ، واعماله، فالقاضي يكتب في الاصل . ثبوت الرسم عنده ، وصحته ، ويضع علامته ، ويشهد عدلين بثبوته ، وصحته عنده ؛ فيضعان علامتيهما شهادة على القاضي بذلك، وهذا نحو ما تقدم عن التاودي فيما يفعل عندهم في شهادة اللفيف وقد قدمنا ؛ ان عملنا التونسي ؛ على ان حضور الخط عند الرفع عليه ؛ غير مشروط ؛ على ما به العمل التونسي ؛ وأن المخاطبة على النسخة ، قائمة مقام المخاطبة على الاصل، لانها لا تكون إلّا بعد ثبوت الاصل عند المخاطب ؛ واعماله ، وأن الاشهاد على الاعمال: غير مشترط عندنا ، وانما الشرط ثبوت خط المخاطب ؛ عند الحكم بالنسخة : ان كان يعرف خط المخاطب ، او ثبوته بشهادة عدلين ؛ ان كان لا يعرف خطه، ولو فرضنا ان النسخة خلت من مخاطبة القاضي ، لوجب اهمالها ؛ إلّا ان يثبت ان الاصل مخاطب عليه بالاعمال وانما اطنبنا في هذا المقام ، لقلة من وفاه حقه من التونسيين ؛ مع شدة احتياج الحاكم الى معرفته.

واذا كانت النسخة تامة، لا شيء فيها، ووجد خطاب القاضي عليها ؛ فانه يعمل بها ، ولو وجد الاصل مرتابا ؛ لاحتمال ان الريبة التي به ؛ انما وجدت بعد اخراج النسخة منه ؛ وقد كان الاصل حال اخراج النسخة ؛ سالما لا ريبة به. فقد ذكر الونشريسي في المعيار: انه سئل بعض الشيوخ ؛ عمن ابتاع جنانا ؛ فمكنه البائعون من نسخة رسم ؛ مسجل على القاضي ؛ وشهد عليه عدلان مبرزان ، وثبتت عنده ان سقي الجنان من ماء العين مدة كذا ، فنازعه بعض من ينتفع بالعين ، وادعى ان المدة اقل ، فاستظهر المشتري بالنسخة ، فأتى خصمه

بعدل . شهد انه رأى اصل النسخة . وفيه تقطيع وترقيع ولصق . واستراب القاضي؛ وكلف المشتري باحضار الاصل . فلم يجده فهل يحكم القاضي بالنسخة ؛ لصحتها وثبوتها عند من له ذلك . مع عدم احضار اصلها . ام لا . فأجاب شهادة النسخة ؛ المسجلة على القاضي بالصحة . بعد المقابلة ؛ مع اتصافها بصفة العدالة . والمعرفة بما تقتضيه الفاظ التسجيل . وتصحيح النسخة من اصلها . ماضيه ومعمول بها . ويجب على القاضي الذي استظهر صاحبها بها عنده؛ الحكم بها ولا يصده عن الحكم بها . ما شهد به الشاهد الذي لم يشهد في النسخة؛ لاحتمال وجوه . تصرف شهادة الشاهد المذكور . عن ان يحكم الحاكم برد النسخة منها انه لم يذكر الشاهد في شهادته . محل التقطيع والترقيع . وما ذكر معه وهل هو في محل يفسد الرسم بسببه . او لا. وهل فيه اعتذار عن ذلك ؛ او لا فانه يمكن ان يكون ذلك في موضع افتتاح الرسم ؛ او في تحلية الموصوف في الرسم . ومنها ان يكون ذلك الذي رءاه الشاهد المذكور ؛ مع فرض ان يكون موجبا للتهمة في النسخة ؛ في نظير هذا الذي نسخ منه الشاهدان شهادة غيرهما ؛ اذ لم يعين الشاهد المذكور انه بشهادة فلان وفلان ؛ او يكون بشهادتهما وعدلا عنه لما اتصف به من البَشْر وغيره ؛ وكتبا غيره سليما من ذلك ؛ وتركا الآخر لا عبرة به . ومنها تجويز ان يكون ذلك طرأ عليه ؛ بعد تسجيل النسخة ومقابلتها ؛ والشهادة فيها ؛ الى غير ذلك من وجوه الاحتمال . فيجب العمل بالنسخة اهـ .

ثم ان النسخ ؛ لا حرج فيإخراجها ؛ اذا لم يخش تكرر الحق ؛ كالاحباس، والوصية بالثلث لمعين . على ما قاله مهدي في حاشية التاودي . بخلاف الوصية بعدد معين من المال والدين والكتابة ؛ والدماء كما اذ اشهدوا في وثيقة ؛ بأن فلانا جرح فلانا جائفة . فاذا نسخ الرسم ؛ توهم انه جرحه

جائفتين والوديعة ؛ اذا قبضت ببينة مقصودة للتوثق ، والقراض ؛ اذا قبض كذلك ورسوم الاكرية فاذا اريد اخراج نسخة من رسم الكراء ؛ نبه الآذن الشاهد على التنصيص ان النسخة للاحتجاج بها في غير مال الكراء والا لم يخرجها. وكذلك الاصدقة المشتملة على كالىء ؛ لا تخرج إلّا للاحتجاج بها في غير المال. ولا فرق في عدم اخراج النسخ؛ فيما يخشى فيه تكرر الحق؛ بين ان يكون الطالب لذلك مأمونا ؛ او غير مامون وهو قول ابن الماجشون. وهو المشهور ؛ على ما قاله ميارة ؛ والذي به العمل عند الموثقين ؛ كما قاله ابو علي ابن رحال وقال مطرف بالاعادة مطلقا وقاله مالك وأصبغ ، وقال ابن حبيب هذا احب اليّ ؛ اذا كان المدعـي مأمونا وان كان غير مأمون ؛ فقول ابن الماجشون احب اليّ فالـذي يفصّل بين المأمون وغيره ؛ هو ابن حبيب وابن الماجشون يقول ؛ لا تعاد ، فان جهل الشهود وأعادوها ؛ قضي بها ومطرف يقول بالاعادة ؛ خلاف ما ألم به الزقاق في قوله

ومن يبتغي تكرير كتبك رسمه ❁ لزعم ضياع او اداء فأهملا
والا وقد وديت تمضي مطرف ❁ اذا كان مأمونا فكرر ولا فلا

فنسب ما لابن حبيب، لمطرف، وقول الشيخ المتسولي: « ظاهر قول التحفة (وما به قد وقعت شهادة) البيت انه ان اعادها لا يقضى بها ؛ سواء اعادها جهلا؛ ام لا كان المشهود له مأمونا ام لا، وهو كذلك ، خلافا لابن الماجشون، في انه يقضى بها ، ان اعادها جهلا . ولمطرف في انها تعاد للمأمون فقط .» الخ. لا ينبغي اعتماده وينبغي اعتماد ما لابن الماجشون، وقد احسن في تزييف ما استدل به التسولي مهدي في حاشية التحفة ، فارجع اليه ان شئت . (١)

---

(١) حاشية كانوا في القديم ؛ يعددون الرسوم للعقارات المملوكة ؛ بواسطة تعداد النسخ فنجم عن ذلك كثرة التشاجر والنزاع بين المتبايعين فبعد ان يقع البيع وتمضي عليه مدة ؛ يقوم البائع ؛ او ورثته ، على المشتري ؛ برسم بقي عنده ؛ ويدعي ان العقار ملكه.

وقولنا يخاطب القاضي على نسخ غير الاحباس، بقوله « ثبت لديّ » هو الجاري العمل به اليوم، وهل يفيد ذلك صحة الرسم مطلقا ؛ او لا يفيد إلّا صحة عدالة عدلي الرسم، هذا مما اختلف فيه شيوخ شيوخنا. فكان الحذاق منهم، يرون إنه يفيد صحة الرسم، وهو الظاهر، بدليل افراد الضمير في

وربما ضاع رسم المشتري ؛ الواقع فيه الشراء ؛ او احدث به ما يزيل صلوحيته للاحتجاج فاقتضت المصلحة ؛ ان يمنع ذلك ؛ وان لا تعدد الرسوم وانبنى على ذلك ؛ ان من ادعى ضياع رسم عقار له ؛ وأراد تجديد رسم له ؛ فان كان اصل التملك موجودا في دفتر العدول فانه يقع الاعلان بضياع الرسم؛ وارادة اخراجه من دفتر العدلين فلان وفلان ؛ فمن كان لديه اعتراض في ذلك ، فليقم لدى الشيخ القاضي. في مدة عشرين يوما ويعلن بذلك في الصحيفة الرسمية. ولا يتكرر الاعلان ثلاث مرات بل يكفي الاعلان مرة واحدة. فاذا لم يعترض معترض؛ فان القاضي يأذن عدلي الدفتر؛ باخراج ما في دفتريهما؛ ان كانا حيين؛ او عدلين اخرين بذلك؛ ان ماتا. ويذكران سبب اعادة اخراجه؛ واذن الحاكم في ذلك؛ ويعقدان عليه؛ ويختمه الحاكم. ويقوم حينئذ هذا الرسم؛ مقام الرسم الاصلي. وان لم يكن الرسم موجودا بدفتر المداين؛ فيقع الاعلان، بأن فلانا ادعى ضياع رسم تملكه؛ لعقار كذا ، ويسميه، ويحدده، وأنه يروم اقامة وثيقة في تملكه له، فمن كان عنده اعتراض في ذلك، فليقم باعتراضه لدى الشيخ القاضي ، في مدة سبعين يوما من تاريخ الاعلان. ويدرج الاعلان ثلاث مرات في الجريدة الرسمية. فاذا تم الاجل، ولم يقم معترض ، اذن القاضي في الوثيقة وتكون كسائر البينات الاسترعائية ، ويختمها الحاكم ، ويخاطب عليها بقوله « يكتب العمل » وتقوم حينئذ مقام الرسم الاصلي . اما اذا قام معترض . فيسمع اعتراضه ، الى ان يتبين الامر ، فيعمل على ما يتبين وكثيرا ما كانت ارادة اقامة الوثائق ، مبدءا لنشر نوازل استحقاقية ولما كانت البينات لا تقام عند الحنفية ، الا في وجه خصم ، اختصت بينات التملك بالقاضي المالكي كما انه في القديم . كانوا يكتبون بيع العقارات، في رسوم خالية من ثبوت اصل التملك للبائع ولما ترتب على ذلك كثرة النزاع ، اذ ربما باع الانسان ما لا يملك ، حجر على العدول المنتصبين للاشهاد، اخراج عقد البيع من دفتريهما في غير الرسوم المتضمنة للتملك ، وفي غير وثائق التملك التامة الشروط ، تقليلا للنزاع . وتضييقا لمجال الاحتيال وفي التبصرة الفرحونية وينبغي له ، اي للشاهد ، ان لا يكتب لاحد مبايعة، الا بعد ان يحضر كتابها فان شهد بصحة ما يطلب كتابتها ، بانتقالها اليه ، بشراء ، او ميراث، او صدقة، او نحو ذلك ، كتبت وكذا كتب الاجارة. ومتى لم يحضر شيئا من ذلك ، فلا يكتب له ، الا ان يكون رجلا معروفا مشهورا بالصدق والامانة وان لم يكن معروفا، وادعى ان المبيع ملكه ، وأن كتابه ضاع ، فليحترز ، فان ذلك موضع تهمة ، فقد يبيع الانسان ملك غيره ، ويشهد عليه بذلك ، ويتسمى باسم صاحب الملك ، ويؤخر المشتري القيام

« ثبت » فهو يعود على الرسم، وحينئذ فلا يخاطب القاضي على رسم لا يصح الاحتجاج به وان كان عدلاه ثابتي العدالة عنده، وهذا مختار القاضي المحقق الشيخ الطاهر ابن عاشور (١) جد سميه صاحبنا الحفيد احد علماء العصر، ومنهم من يرى قصر افادته على عدالة عدلي الرسم، وهو مختار العلامة الشيخ حمدة الشاهد ؛ (٢) احد اهل الشورى زمن ابن عاشور الجد، وهو الذي جزم به الشيخ ابن الطاهر . في حاشية التاودي ؛ في مبحث خطاب القضاة وما يتعلق به ونصه قلت ، واما عملنا اليوم بافريقية ؛ ان يكتب القاضي اسفل عقدي الرسم « ثبت لديَّ » ولا يفيد ذلك إلّا صحة عدالة عدلي الرسم لا غير إلّا في رسم الحبس اذا قبل المقصود منه على يد القاضي فانه يكتب اعلا الرسم

بالمشترى ، حتى يطول الزمن قايلا او يموت صاحب الملك ، فيدعي على ورثته وغير ذلك من وجوه الضرر فينبغي اذا ادعى ضياع الكتب ، ان يحضر جماعة يشهدون له بالملك واو عمل بذلك محضر، أو شهد به عند الحاكم وأثبت على الحاكم ، كان احود ولو فتح هذا الباب ، بيعت املاك الناس بغير مستند اه. وما قاله ، من انه لا يكتب رسم البيع ، حتى يحضر رسم الملك ، يخالف ما قاله ابن ناجي في ثالثة غرره كبير قال جمل شهود تونس يمتنعون من كتب البيع ، في دور تونس لتحجير الامير عليهم ذلك وانهم يتساهلون بالكتب في دور خارج تونس فيكتبون بيعها ولو لم يحضر البائع رسم ملكه قال وامتناعهم ليس بأمر شرعي اه. قال الشيخ حسن الشريف ، في معين المفتي والواقع اليوم من شهود تونس ، انهم يقيدون بدفترهم وقوع العقد بين المتبايعين ، ولا يكتبون رسم البيع الا بعد حضور رسم الملك فان احضر ، كتبوا وان لم يحضر ، وادعى البائع انه قد ضاع، فانهم يضمنون في رسم البيع ان تملك البائع له بالذكر وأن المشتري قد رضي بذلك ، ان رضي اه .

---

(١) هو ابو عبد الله محمد الطاهر بن محمد الشاذلي بن عبد القادر ابن عاشور ، الاندلسي الاصل ، الجامع بين شرفي العلم والنسب. كان نسيج وحده ، يتقد ذكاء . تولى قضاء الجماعة بتونس في رجب سنة ١٢٦٧ ثم الفتيا له حاشية على شرح القطر لابن هشام ؛ وشرح على البردة؛ وحاشية على المطول ، وحاشية على شرح المحلي لجمع الجوامع لم تكمل. توفي سنه ١٢٨٤

(٢) هو ابو عبد الله ويدعى حمدة الشاهد عمّر حتى انفرد بمشيخة علماء الزيتونة تولى الفتيا ؛ وكان مرجع علماء الزيتونة . توفي سنة ١٣١١

« الحمد لله قوبل المقصود منه بأصله ، فتطابقا وكانا نصا سواء ، وأعلم به فقير ربه فلان قاضي كذا » اهـ . قلت : ولم يزل القضاة المحققون يأبون من وضع اختامهم على رسوم بشهادة عدول ثقات ؛ اذا كان الرسم مشتملا على ما لا يجوز في مذهب مالك ؛ مثل بيع الكمشة وبيع الثنيا ورهن الانتفاع .

واما المضامين ؛ فانها تكون في العقارات المملوكة المشتركة ؛ اذا اراد كل واحد الاستقلال برسم فيما على ملكه فيطلب من الحاكم الشرعي ؛ اذن عدلين في اخراج مضمون ما بالرسم يذكر فيه مقدار ما على ملكه من العقار ، ليكون له حجة فيما بيده فيتسلم الحاكم الرسم ويتأمل منه تأملا شافيا ؛ فاذا لم يجد ريبة فيه ؛ وكان على الصحة والسلامة ، وعلم عدالة شاهديه او وقع التعريف بعدالتهما اذن عدلين في اخراج مضمون منه ، فيعمدان الى حكاية انتقال الملك الواقع في هذا العقار من يد الى اخرى ؛ وذكر اسبابه ؛ الى ان يأتيا على جميع ما بالرسم ، ان كانت المدة قصيرة ، فان طالت حكى ثلاثة انتقالات ؛ وبعد تضمينهما ذلك . يذكران من ءال اليه استقرار هذا الملك ، ويذكران انه كتب هذا المضمون بالاذن من فلان القاضي ببلد كذا : او المفتي به ، وأنه كتب هذا المضمون ؛ ليكون حجة في تملك فلان للجزء الذي يملكه منه ؛ ويعينان مقدار هذا الجزء ، ويؤرخان كتابة المضمون ، ولا يعقدان على ما كتباه إلا بعد ان يطلع الآذن على المضمون ، ويتتبعه ، ويجده قد استوفى ما بالرسم من الاركان ، ولا يترك منه إلا ما لا يحتاج اليه فحينئذ يختمه ؛ ويكتب بخطه ، قبل وضع الشاهدين علامتيهما ، ما نصه « ختم في كذا من عام كذا » ويذكر التاريخ ، ثم يضع العدلان ، اثر هذه الكتابة ، علامتيهما ويكتب العدلان في اعلا الرسم الاصلي ما نصه « اخرج منه مضمون في تملك فلان لقدر كذا ، بشهادة شهيديه فلان وفلان ، في تاريخ كذا » ويسمى ذلك اعلالا ويلزم

الحاكم ان يطلع على هذا الاعلان بعد كتبه وباستيفاء المضمون لما تقرر يصير حجة يمكن الاستناد اليه والتعويل عليه ، فيما يستند فيه الى الرسوم بمعنى انه يكون حجة بين المتبايعين ومتى لم يشتمل المضمون على ما قررناه ، يلغى، ويؤول شطر الاهمال ولا خلاف في ان هذا الختم من الحاكم ، اعلام بثبوت الرسوم المضمنة عند الخاتم ، وليس لمجرد عدالة عدلي المضمون ، كما يتوهمه بعض الضعفاء.

المبحث الثامن في اقسام الشهادة باعتبار ما توجبه

الشهادة باعتبار ما توجبه ، اربعة اقسام الاول : ما توجب الحق بدون يمين وهي انواع الاول : شهادة اربع في الزنى الثاني : شهادة عدلين في غيره ، سواء أكان حقا غير مالي ، ولا ءايلا اليه ، كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة ، والبلوغ ان اريد باثباته القصاص مثلا ، والعدة لتتزوج. او كان ماليا ، او ءايلا اليه الثالث ، شهادة رجل وامرأتين ، في المال وما يؤول اليه ، كاثبات البلوغ ، لاخذ مال ، والولاء ، لاستحقاق مال ، والعدة ، لانقطاع النفقة عنه ، والشركة ، لكونها بيعا ، خلافا لما في التبصرة الفرحونية ، والآجال، اذا كان المؤجل به مالا ، والوكالة على المال ، فتصح بالشاهد والمرأتين ، وبشاهد ويمين ، ان كان للوكيل نفع في الوكالة ، كما اذا وكله على قبض دين ، وهبه له. فان لم يكن له نفع ، وقام له شاهد ، فلا يحلف معه ، على ما به العمل ، ولا تثبت وما ذكرناه من حلف الوكيل ، الذي له نفع في الوكالة ، سلمه الحطاب وغيره ، وظاهر كلام غير واحد ؛ ان الوكيل لا يحلف مطلقا وذلك هو الحق ان شاء الله قاله ابو علي ابن رحال ومثل الوكالة الوصية، فان كانت على ابضاع بناته ، فلا تصح إلا بشاهدين ذكرين، وان كانت بمال لمعين ، كزيد ، فتصح بالشاهد والمرأتين ، من غير يمين، وتصح بالشاهد الواحد ، مع يمين

الموصى له، وبالمرأتين ايضا، مع يمينه، واما ان كانت بمال لغير معين، كالمساكين. فلا تصح بالعدل وحده، ولا بالمرأتين وحدهما، لانه لا معين هنا يحلف قاله ابو علي. ومثل الوصية بالمال، الوقف. فان كان على معين، ثبت بالشاهد واليمين. وان كان على غير معين، فلا بد من عدلين، ولا يكفي الشاهد واليمين، ويكفي فيه الشاهد والمرأتان. ومن هذا النوع، النكاح بعد موت الزوج، او الزوجة، فيثبت الارث بالشاهد والمرأتين، وبالشاهد واليمين. لكن محل ما ذكر من الارث، ان لم يكن للميت وارث معلوم، ثابت النسب، يحوز المال كله وإلا فلا بد من عدلين على النكاح. فان لم يكونا، فلا ارث ففي رسم الصلاة، من سماع يحيى، من كتاب الاستلحاق، ما حاصله، عن ابن القاسم في الرجل، يموت وله ولد معروف، ثابت النسب، فتدعى امرأة إن الميت زوجها: او يقوم معها من يدعي ميراث الميت، فيأتي كل واحد منهم بشاهد، ويريد ان يستحق ميراثه باليمين والشاهد ان ذلك لا يكون لواحد منهم، اذا ادعوا ذلك وللميت وارث، قد ثبت نسبه بالبينة وانما يستحق الميراث باليمين مع الشاهد: من جاء يطلبه وليس للميت وارث قد ثبت نسبه بالبينة. فان كانت للميت بنت ثابتة النسب بالبينة، فجاءت امرأة تزعم انها امرأته، وجاءت بشاهد، تحلف مع شاهدها، وتأخذ ميراثها، ولا يثبت لولدها، ان كانت حاملا، نسب، قال الشيخ الرهوني بعد تقول: فتحصل ان موتها كموته. وأن الصداق كالارث، وأن قيد نفي الوارث المعروف، لا بد منه، لانه مذهب مالك وابن القاسم وغيرهما، ولم يحك الشيخ ابو محمد ولا ابن رشد ولا اللخمي ولا ابن فتوح: فيه خلافا اصلا.

النوع الرابع. شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال، كالمحيض: والرضاع: ان فشا قولهما قبل العقد والولادة والاستهلال، ومثله اذا شهدتا بأنه ذكر او انثى، فان كان الجسم غائبا: حلف الطالب مع شهادتهما، واستحق حقه،

قاله ابن القاسم، ولم يجزها اشهب، قاله في المعين، وكذا الحمل، يثبت بشهادة امرأتين، فان تعارضت شهادتهما مع امرأتين في اثباته، قدمت المثبتة، وكذا عيوب الفرج، ولو في الحرائر، بناء على ما جرى به العمل، من نظر النساء اليهن، وهو مخالف للمشهور: من كون الحرة مصدقة، مؤتمنة على فرجها. وكذا الافتضاض، فاذا شهدت امرأتان به، وأنكره الزوج، لزمه جميع الصداق، ولا مقال له. فان دخل بها، وقال الفيتها ثيبا، وكذبته، وادعت انه افتضها، ولم يكن هناك اثر الافتضاض، فيقبل قوله في القرب جدا، وإلا فلا. ففي جواب للاستاذ ابي سعيد بن لب ولا اعتبار بنظر القوابل، اذا نظرن الى الثيب بعد ايام من دخول الزوج، وان شهدن بأن القطع قديم، فلا حجة للزوج في ذلك، لانه قد يكون الافتضاض في اول دخوله: وبدأ الجرح يندمل؛ لان العادة انه يبرأ بالقرب. وانما يعتبر ذلك؛ على ما فيه من الخلاف: اذا نظرن اليه صبيحة ليلة دخوله، وما قرب منها جدا، بحيث لا يمر من الزمان ما يكون فيه برء عادة. اه.

القسم الثاني، الشهادة التي توجب الحق مع اليمين، وهي اربعة انواع، الاول؛ شهادة العدل في المال وما يئول اليه، فيحلف المشهود له، ويقضى له، وهذا كدعوى البيع والشراء والاجارة والشركة والمساقاة والجعل والقرض والوديعة والعارية والهبة والصلح عن اقرار او انكار والحبس على معين. ففي المتيطية: وان شهد شاهد بصدقة او حبس على معينين، حلفوا مع شاهدهم، واستحقوها، وان كان على غير معين، حلف المشهود عليه، وبرىء، فان نكل، حكم عليه به، قال وان كانت الصدقة او الحبس على بني فلان، فروى ابن الماجشون عن مالك؛ انه يحلف الجل معه: وينفذ لجميعهم. وفي كتاب ابن حبيب ان حلف منهم واحد؛ نفذ له ولغيره، وروى محمد عن إصحابه: انه لا يجوز فيه اليمين مع الشاهد، اهـ

وكذا يثبت حكم الحاكم في المال ؛ بالشاهد واليمين ؛ على المعتمد، وهو قول مطرف وأصبغ، وهو ظاهر المدونة، قاله ابو علي، وكذا الايصاء بالتصرف في المال ؛ يثبت بالشاهد واليمين .

النوع الثاني ؛ شهادة امرأتين في المال وما يئول اليه .

الثالث ؛ الشاهد العرفي ، فيحلف من قام له ، ويقضى له .

الرابع ؛ البينة الشاهدة بظاهر الحال؛ معتمدة على الظن ؛ لتعذر القطع بذلك ، او عسره فلا بد من يمين الطالب ، استظهارا على باطن الامر ففي التوضيح: كل بينة شهدت بظاهر ، فيستظهر بيمين على باطن الامر . اهـ، وهذا كالشهادة بالعسر ؛ فيحلف مدعيه ، الذي قامت له بينة به : انه ليس له مال ظاهر ولاباطن ، وان وجد مالا ليؤدينّ له حقه . وحلفه انما هو على البت ، على المذهب ، كما في التوضيح . ويستثنى من الشهادة بالعسر ، اثبات احد الابوين فقر نفسه ، لتلزم نفقته ابنه ، فلا تتوجه اليمين معها على الاب ، كما تقدم . ونظمه العلامة التاودي بقوله

وكل من بظاهر قد شهدا ❀ له فحلفه بقطع ابدا
إلّا ابا كلف بالاعسار ❀ لينفق ابنه على المختار

واستثني ايضا من القاعدة العامة التي نقلناها عن التوضيح ؛ مسائل الاولى ، الشهادة بعدة الورثة ، فانها على العلم ، ولا يحلف معها مقيمها ، على ما به العمل ، ففي العمليات القاسمية

ومن على من رسم الارث اكمله ❀ من حلف بأنه لا علم له

وقد قيل باليمين في ذلك انه لا يعلم له وارثا غيره ، وهو ما في سماع اشهب، لكن قال حافظ المذهب ابن رشد ليس العمل على ان يحلف . اهـ .

الثانية؛ الشهادة بالتزكية. فانهم يقولون « عدل رضي في علمنا » وليس فيها يمين.

الثالثة : الشهادة بالملك في استحقاق الاصول ، على الراجح والمعمـول به ، فلا يمين على المستحق للاصول ، مع ان البينة تشهد انها ملكه في علمهم ، وأنهـا لا تعلم خروجها عن ملكه بوجه من الوجوه .

القسم الثالث : الشهادة التي توجب العقلة ، وهي شهادة العدلين قبل الاعذار فيهما ، وشهادة اثنين محتاجين الى التزكية ، وشهادة العدل ، وقد تقدم ذلك في مبحث العقلة في الباب الاول

القسم الرابع الشهادة التي توجب اليمين على المشهود عليـه ولا توجب الحق للمشهود له ، وهي شهادة العدل الواحد ، او المرأتين ، في الطلاق والعتق والقذف ونحوها مما لا يثبت إلّا بعدلين ، فاذا شهد عدل بطلاق المرأة . فان حلف الزوج لرد شهادته ، بريء ، وان نكل ، سجن ، فان طال سجنه دُيّن . والطول سنة ، على ما به العمل ، وقيل بالاجتهاد ، ففي ابن يونس ان ادعت امرأة على زوجها طلاقهـا ، لم يحلف الزوج ؛ إلّا ان تقيم المرأة شـاهداً ؛ او امرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق ؛ فيحلف الزوج ، قال مالك ويحـال بينه وبينها حتى يحلف فان نكل ، طلقت عليه مكانهـا ، وروي عنه انه اذا طال سجنه ، دُيّن وترك ، والطول سنة ، وبهذا اخذ ابن القاسم ، اهـ ، وهو الذي رجع اليه مالك ، كما في شرح التاودي على التحفة ، واختلف في النكاح ، فقيل تجب اليمين فيه مع الشـاهد ؛ وقيل لا تجب ، وعليـه اقتصر خليل ، وهو المشهور ، ومثله الرجعة ، قال ابو علي ابن رحال عدم توجه اليمين في النكاح بشاهد واحد ، في غير الطارئين واما فيهما ، فتتوجه اليمـين على منكر النكاح منهما بشاهد ، اهـ .

المبحث التاسع في شهادة السمـاع

شهادة السماع هي التي يصرح فيها الشاهد باستناد شهادته لسماع من غير

معين ، فتخرج شهادة النقل لان المنقول عنه فيها ، معين . كما تقدم ، وتخرج شهادة البت ، لان الشاهد لا يصرح فيها بالسماع ، اي لا يشهد به بخلاف شهادة السماع ، فانه يشهد بالسماع ، اذ يقول لم يزل يسمع ، من الثقات وغيرهم : ان فلان بن فلان عدل ، او مات بأرض كذا ، وبهذا فارقت شهادة البت التي مستندها السماع كقول الشاهد يعلم شاهده ان فلان بن فلان عدل او مات بأرض كذا ، ومستنده في ذلك السماع ، فهذه بينة قطع ، وان كان مستندها السماع ، ويدل لذلك قول ابن لب في جواب له ان الرسم قد تضمن علم الشهود ما شهدوا به ، وتحققهم ، وانما ذكروا السماع مستنداً لما علموا وتحققوا ، والخلاف انما هو اذا شهدوا بحصول السماع الفاشي فقط ، فحينئذ يرى ابن القاسم وجوب الميراث ، مع يمين المشهود له ؛ ويرى اشهب وغيره ؛ ممن يثبت بها النسب ؛ وجوب الميراث بلا يمين اما ان تضمنت الشهادة علم الشهود وتحقيقهم كما في النازلة ؛ فيثبت النسب ، ويجب الميراث ؛ ولا يجب في ذلك يمين على احد ، اهـ انظر حاشية مهدي على التحفة ،

وصفة شهادة السماع ان يقولوا « سمعنا سماعاً فاشياً ؛ من اهل العدل وغيرهم » فيلزم ان لا يعين المسموع منه : وإلّا كانت شهادة نقل ؛ وان يجمع بين اهل العدل وغيرهم ؛ وإلّا كانت ملغاة ، هذا الذي به العمل ، واعتمده الموثقون الباجي وابن سهل وابن سلمون وابن فتوح والمتيطي ، ونقله ابن عرفة ؛ وأقره ، ونظمه في العمل المطلق بقوله

والجمع فيها بين اهل العدل ❀ وغيرهم جاء صحيح النقل

بل قيل فيها انها لا تكمل ❀ إلّا بذاك وبهذا العمل

وهي ؛ على ما اختاره ابن شاس وابن الحاجب وغير واحد : انها تجوز في مسائل معدودة ؛ وقع التنصيص عليها

الاولى : الحمل ، فاذا شهدت بينة بالسماع الفاشي ، من اهل العدل وغيرهم: ان الامة الفلانية حملت من سيدها فلان ؛ حملا ظاهراً لا خفاء فيه ؛ فانها تصير بذلك ام ولد ؛ ان ادعت سقوطه ، وتصدق في ذلك ؛ ان كان السيد قد مات ؛ او كان حيا وأقر بوطئها ؛ وإلّا فلا ،

الثانية ؛ النكاح ، فاذا اتى المدعي منهما ببينة بالسماع الفاشي على النكاح ؛ واشتهاره بالدف والدخان ؛ ثبت على المشهور ، وبه العمل ، قاله في اختصار المتيطية ، وقيد ابن الحاج المسألة ؛ بما اذا كانت المرأة تحت حجابه ؛ وفي حوزه ، والا لم ينتفع بها ؛ ولا يدخل بالمرأة بسببها ، وقيدها ابو عمران ؛ بما اذا كان الزوجان متفقين عليه ، وأما اذا انكره احدهما ، فلا ، واعترض ابو علي ابن رحال تقييدهما. فقال: اذا كان لها زوج، فلا تنتزع منه بشهادة السماع. وأما حيث لا زوج لها اصلا ، ففي ذلك خلاف . والراجح الجواز ، وأما حيث تكون تحت حوز المشهود له فيصح بها النكاح ، ولا اشكال ، وظاهر اقوالهم انه يستحقها ، ولو انكرت المرأة النكاح ، خلاف ما عند ابي عمران ، وكذا حيث لا عصمة عليها ، خلاف ما عند ابن الحاج ، اهـ ، ونحوه في الرهوني ، ويلزم في بينة السماع بالنكاح ، ان تكون مفصلة ، كبينة القطع ، بأن تقول « سمى لها كذا ، نقد كذا ، وأجّل كذا ، وعقد وليها فلان » كما في عبارة المتيطي ، التي نقلها الحطاب ، فلا يكفي الاجمال ، قاله بناني ، ولا اعتداد بما استظهره التسولي هنا ، لانه خلاف المنصوص ،

الثالثة ، الرضاع ، فاذا قامت بينة بالسماع به ، لم يكن للرجل ان يعقد على المرأة ، وتنتشر الحرمة ، اما اذا قامت بينة بالسماع به ، وكان ذلك بعد العقد على المرأة ، فليس لها ان تمنع نفسها بذلك ، لكونها في حوز الزوج وعصمته ، وبينة السماع لا ينتزع بها من يد حائز ، والزوجة هنا محوزة بالعقد عليها ، فلا تفيد بينة السماع بالرضاع فيها شيئا ،

الرابعة . الحيض . فتقبل بينة السماع به ويثبت البلـوغ . والخروج من العدة .

الخامسة . والسادسة . النسب . والولاء . قال في الكافي الشهادة على السماع عند مالك وأصحابه . جائزة في النسب المشهور . وفي الولاء المشهور . فـاذا قال الشهود « لم نزل نسمع . ان فلان بن فلان مولى فلان بن فلان . مولى عتاقة » او « انه ابن عمه » ثبت بـذلك النسب . والولاء . وقال ابن القـاسم : لايثبت بذلك نسب . انما يستحق بها المال . إلّا ان يكون امراً مشتهراً . مثل نافع مولى ابن عمر . اهـ . باختصار . وقال ابن رشد . في شرح المسألة الرابعة عشرة من سماع ابي زيد . من شهادات البيـان والتحصيل . ما نصه وأما ان لم يكن السماع بذلك مشهوراً . يصح للشاهد به . الشهادة على القطع . فقـال « لم ازل اسمع . من اهل العدل وغيرهم . ان فلاناً هو ابن فلان ؛ او مولى فلان » ففي ذلك اختلاف قيل انه يثبت بـذلك النسب ؛ والـولاء . وهو قول اشهب ؛ والذي يأتي على قول ابن القاسم ؛ في سماع اصبغ ؛ في اجازة شهادة السماع ؛ في ضرر الزوجين . وقيل انها لا يثبت بها النسب . ولا الولاء . ويستحق بهـا الميراث . وهو قول ابن القاسم . في هذه الرواية . وفي المدونـة . ويتخرج في المسألة قول ثالث انها لا يثبت بها النسب . ولا يستحق بها المال . وأن المـال لا يستحق . إلّا بعد اثبات النسب والولاء . اهـ . وفي وثائق الجزيري ان بقـول ابن القاسم العمل . قال في المفيد وهذا كله ؛ اذا لم يكن للمال وارث مستحق . اهـ .

السابعة ؛ الميلاد فاذا قـالوا « لم نزل نسمع ؛ من اهل العدل وغيرهم . ان هذه الامة ولدت من فـلان » تصير بذلك ام ولد . أو « أن هذه المرأة . المطلقة . او المتوفي عنها زوجها . ولدت » تخرج بذلك من عدتها .

الثامنة ، والتاسعة . الاسلام ، والردة ويبنى على شهادة السماع بالاسلام ، ان يرثه ورثته المسلمون دون الكفار ، وعلى شهادة السماع بالردة ، ان يرثه بيت المال

العاشرة ، والحادية عشرة ، الجرح ، والتعديل . ويبنى عليها قبول شهادة من عُدِّل ، ورد شهادة من جُرِّح

الثانية عشرة ، والثالثة عشرة ، الرشد ، والسفه ويبنى عليها نفوذ تصرفات من شُهد برشده ، ورد تصرفات من شُهد بسفهه

الرابعة عشرة ، الايصاء بالنظر ، او المال فتعمد شهادة السماع فيهما

الخامسة عشرة ، تملك المشهود له ، الحائز للعقار بسبب من اسباب انتقال الملك ، من القائم او من احد ءابائه ، اذا اقام العقار بيد الحائز عشرين سنة ، على ما به عمل اهل قرطبة ، كما قاله ابن رشد قال في المدونة ومن اقامت بيده دار خمسين سنة او ستين ثم قدم رجل كان غائبا ، فادعاها ، وثبت الاصل له ، وأقام بينة انها لابيه او جده ، وثبتت المواريث حتى صارت له ، فقال الذي في يده الدار « اشتريتها من قوم قد انقرضوا ، وانقرضت البينة » وأتى ببينة ، يشهدون على السماع ، فالذي ينفعه من ذلك ، ان يشهد قوم ، انهم سمعوا ، ان الذي في يديه الدار ، او احدا من ءابائه ، ابتاعها من القائم او واحد من ءابائه ثم قال ولو شهدوا انه ابتاعها ممن ذكر ، منذ خمس سنين ، لم ينفعه ذلك قال ابن ناجي : لا عمل على مفهوم خمسين ولا خمس ، لتعارضهما وتقل ابن رشد ، قال العمل عندنا بقول ابن القاسم ، بعشرين سنة وهو الذي نظمه صاحب العمل المطلق فقال

وشرطها الطول وأهل قرطبه ❁ قدما رأوا عشرين عاما اقر به

واختلف ، هل يشترط التصريح بمدة السماع في الرسم وهو الذي ذهب

اليه ابن المكوي وغيره من فقهاء الاندلس ، معللا ذلك باختلاف الفقهاء في قدر المدة التي تجوز فيها شهادة السماع او لا يشترط التصريح بذلك . وهو الـذي جرى به العمل عند غير واحد من الموثقين ، على ما قاله ابن هارون ، ونظمه في العمل المطلق بقوله

وفي وثيقة السماع اسقطوا ❀ مدته اذ ذاك لا يشترط

السادسة عشرة ، الاحباس القديمة ، التي مضى عليها نحو العشرين عامـا اذا شهدت بينة السماع للحائزين له ، كما الحطاب والتوضيح والتبصرة . او لمن لايد عليه لاحد ، ولا يشترط تسمية المحبس ، ولا اثبات ملكه ، في شهادة السماع ، بخلاف ما لو شهد على الحبس بالقطع . فانه لا يثبت الحبس ، حتى يشهدوا بالملك للمحبس ، قالـه في التوضيح ، وذكره الحطاب عن ابن رشد ، قـال الشيخ الرهوني ما ذكره الحطاب يفيد أن الموجب لاثبات الملك للمحبس ، هو القطـع بالحبس سواء سمى من شهد بالقطع ، المحبس ، ام لا ، والذي افتى به شيخنا الجنوي ، ان شرط ذلك ، عند من قال به ، انما هو إن سمى المحبس ، لا ان لم يسمه ، كما في الغرناطـي والبرزلي ، ونص الغرناطي الاسترعـاء بمعرفة الحبس ، لابد ان تذكر فيه « يحاز بما تحاز به الاحباس ، وانه يحترم باحترامها» ولا تذكر المحبس لـه ، لئلا يكلف القائم بالحبس اثبات موته ، وتناسخ وراثتـه وملكه له اهـ .

ولابد في شهادة السماع بالحبس ، من القطع بأنه يحترم باحترامها ، ويحاز بحوزها ، فان شهدوا بما ذكر بالسماع لا بالقطع بطلت الشهادة ، قاله ابن راشد في الفائق وعظوم في البرنامج ، قال ابن نـاجي وبه العمل وقـد حكمت به ، كما حكم به الغبريني ، وأفتى به البرزلي ، ومعنى « تحـاز بحوز الاحباس وتحترم بحرمتها » ان الرجل يموت فلا ترث زوجته منـه ، والابن

يموت فلا ترث امه منه ، وقد اشار في العمل المطلق الى المسألة بقوله

وان تكن بالحبس الشهادة ❁ فاعطف على المسموع ذي الزيادة
اعني بذلك انه يحترم ❁ بحرمة الاحباس اي لا يقسم
ولابن ناجي ان ذاك يدخل ❁ في القطع قال وبهذا العمل

وكما يثبت اصل الوقف بشهادة السماع ؛ كذلك مصارف الوقف ، وشروط الوقف تثبت بشهادة السماع نبه عليه الحطاب في شرح قول خليل في شهادة السماع « ووقف » .

السابعة عشرة ، والثامنة عشرة ، ولاية الحاكم ، وعزله ، ويترتب على شهادة السماع بالولاية ، مضي حكمه ، وبالعزل ، عدم مضيه .

التاسعة عشرة ، ضرر الزوجين ويترتب على شهادة السماع بها ثبوت الخيار لها في تطليق نفسها ، هذا الذي ذكره صاحب التحفة ، وزيد عليها الصدقات ؛ والخلع ، والطلاق ، والقسمة ، والحرابة ، والاباق ، والفقر ، والملأ ، والاسر ، واللوث ، والعتق ، والموت .

ولا يشترط طول الزمان ، فيما يشهد فيه بالسماع ، عند ابن هارون ، إلا في ثمانية اشياء : الاملاك ، والاشربة والاحباس ، والانكحة ، والصدقة ، والولاء ، والنسب ، والحيازة ، واما الموت ، فيشترط فيه تنائي البلدان او طول الزمان ، واعتمد ابن عرفة كلام ابن هارون في حصره ، وتبعه ابن غازي ، واختار ابن عرفة في شهادة السماع في الموت ، بعد البلدان ، وقرب الزمان ، قائلا اذا بعد الزمان ، يمكن بت الشهادة بفشو الاخبار ، فلا تجوز شهادة السماع بقرب البلد اهـ .

ولا يقبل في شهادة السماع اقل من اثنين ، واشترط ابن الماجشون اربعة كالزنى ، وذلك انه مشبه بالشهادة على الشهادة ، وأقل ما يجوز من الشهود في الزنى اربعة ، فاحتيط في شهادة السماع فجعل اقل ما يجوز فيها اربعة شهداء .

وصرح صاحب التحفة بأنه يكتفى فيها بعدلين ؛على ما تابع الناس عليه العمل ، ومثله في العمل المطلق حيث قال

وفي شهادة السماع قبل ❊ عدلان والمال استحق لا الولا

وهذا هو الذي تجرى به الاحكام عندنا اليوم ، واختلف هل يحتاج الى يمين المشهود له، فقال ابن محرز :(١) لا يقضى لاحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه، وهو الذي اقتصر عليه خليل في المختصر، وقال ابن عرفة : ظاهر المدونة ، انها دون يمين، واستشكل الشيخ يعيش الشاوي (٢) اليمين في المسائل التي لا تثبت إلا بعدلين ، كالنكاح والطلاق ؛ اذ لا فائدة في اليمين فيها ، لعدم ثبوتها بالشاهد واليمين .

المبحث العاشر في الشهادات الناقصة

قال ابن عرفة في سادسة اقرار مختصره اصل ابن الماجشون ، ان الشهود اذا شهدوا على حق ولم يسموه ، ان الشهادة باطلة ، وهو قول أصبغ ، خلاف قول مطرف وروايته ، وقول ابن القاسم ، اهـ، وقول مطرف وابن القاسم ، هو القول بالاستنزال ، كما في برنامج عظوم ، ويشكل به ما صوّبه ابن ناجي. فانه قال في اخر ورقة من شهادات كبيره: قال مطرف، فيمن غصب داراً ، فشهدت عليه بينة بذلك ، ولم يعرفوا الحدود فان عرفها غيرهم ، تمت الشهادة ، وإلا قيل للغاصب ، ادفع اليه ما غصبته ، واحلف عليه، قال ابن حبيب قال مالك في البينة يشهدون بحق للرجل ، ويقولون لا نعرف عدده ، إلا انا

---

(١) هو ابو القاسم عبد الرحمن بن محرز القيرواني تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي والقابسي وتفقه به اللخمي وعبد الحميد الصائغ له تعليق على المدونة ؛ سماه التبصرة وله الكتاب الكبير المسمى بالقصد والايجاز توفي في حدود سنة ٤٥٠ ؛

(٢) هو ابو البقاء محمد يعيش الشاوي الرغاوي الفقيه النوازلي اخذ عن ابن رحال ومحمد المسناوي . وأخذ عنه الشيخ التاودي ومحمد بن عبد الصادق الدكالي له حاشية على شرح التحفة لميارة سماها الكواكب السيارة ، مات قتيلا بفاس سنة ١١٥٠

نشهد انه بقي عليه حق؛ فيقال للمطلوب: اقر له بحقه ؛ فما اقر به حلف عليه ، وان جحده ، قيل للطالب ، ان عرفته فاحلف عليه وخذه ، وان قال لا اعرفه. فليسجن المطلوب ، حتى يقر بشيء ويحلف عليه ؛ فان اقر بشيء ، ولم يحلف ، اخذ منه ، وحبس حتى يحلف ولو كان ذلك حظا في دار ، حيل بينه وبينها ولا احبسه ، لان الحق في شيء بعينه ، ابن ناجي ما ذكره في غير الدار مشكل ؛ والصواب بطلان شهادتهم ، لعدم ضبطهم ، كقولها في الايمان بالطلاق ان شهد رجلان على رجل انه طلق واحدة من نسائه معينة : وقالا « نسيناها » لم تجز الشهادة ، ان انكر الزوج ، ويحلف بأنه ما طلق واحدة منهن. وكان الجاري على ما قال مالك هنا ، انه يحال بينه وبينهن ، حتى يقر بالمطلقة : لان البينة قطعت بأن واحدة عليه حرام ، كما اختاره اللخمي ، اه. قال عظوم في برنامجه ، يرد تصويبه بتصويب البراذعي القول بالاستنزال ، اذا نسي الشهود بعض الشهادة ويرد ايضاً بمسألة الاعكام ، حيث صرحوا بصحة الشهادة فيها ، وما صوّبه ابن ناجي يوافق فرع الشهادة بالبيع او بالنكاح ولم يسموا ثمناً ولا صداقاً فان قول اصبغ ، بطلان الشهادة ، وبذلك افتى اسحاق ابن ابراهيم التجيبي (١) وذكرها رواية لابن القاسم ، كما في التبصرة الفرحونية وهو خلاف عزو ابن عرفة لابن القاسم صحة الشهادة اذا لم يسموا الحق المشهود به ، وخلاف الشهادة في مسألة الاعكام ومسألة الاعكام ذكرها في الطرر في باب التعجيز ، والوانوغي في الوديعة والبرزلي في تاسعة وديعة حاويه ، وهي مدع ادعى على رجل انه اودعه ثياباً فأنكره فقامت بينة انه اودعه اعكاما لا يعرفون ما فيها ؛ ويظنونها ثياباً انه يسجن ويهدد ؛ فان اقر بشيء حلف عليه كان القول قوله ، وان تمادى على انكاره. حلف صاحب الوديعة.

---

(١) هو المذكور في صحيفة ٨٣ بعنوان « ابو ابراهيم » وقد ذكرت ترجمته هناك

على ما يشبه ان يكون يملك مثله . ويأخذه بذلك ، والظالم احق بالحمل عليه ، وبه القضاء ، وقيل يحلف . ولا شيء عليه ، بعد استبرائه بالسجن والتضيق والتشديد ، قال البرزلي ، تجري هذه المسألة ، على مسألة من غصب ارضا ؛ فشهد بها الشهود ، ولا يدرون حدودها ولايعرفون موضعها ، وفيها ستة اقوال ، انظرها في سماع يحيى من استحقاق البيان ، اهـ، والاقوال المشار اليها، ذكرها جماعة ، ومنهم المتيطي ، في الغصب ، مع زيادة فقه في المسألة ، الاول منها ، بطلان الشهادة ولا توجب شيئا ، الثاني ، انها توجب التشديد على المشهود عليه ، الثالث ان البينة تستنزل الى ما لا تشك فيه ، الرابع ، القول قول المغصوب منه ، الخامس ، القول قول الغاصب إلّا ان ياتي بما لا يشبه ؛ فيصير القول قول المغصوب منه ، السادس الفرق بين ان يشهد الشهود على الارض بعينها ، ولا يعرفون حدودها ، وبين ان لا يعينوا الارض ، بل يقولوا غصبه ارضا في القرية ، فالشهادة في الطرف الثاني باطلة ، لا توجب حكما، واما الاول فيحلف المدعى عليه ، على ما اقر به ، ولا يكون عليه شيء، إلّا ان يأتي من الحق بما يستنكر، فيحلف المدعي، ويستحق ما حلف عليه،اهـ،والقول باستنزال الشاهد الى اقل ما يستقن ، ذكر الشيخ ابن ناجي، في تاسعة الايمان بالطلاق ، فيه خلافا ، وأن اختيار شيخه البرزلي ، انه لا يستنزل ، بل تبطل الشهادة ، وعزاه ايضا لابن القاسم ؛ وأن اختيار شيخه ابي مهدي عيسى الغبريني ، انه يستنزل ، وهو قول مطرف ، اهـ، وفي طلاق الحاوي ، عزو الاستنزال الى رواية مطرف، واختاره اللخمي، وأفتى به ابن رشد، وعزاه في وديعة الحاوي ، لقول مطرف وفتوى ابن رشد وفي حاشية الطرابلسي (١)

---

(١) هو عبد الرحمن الغرياني له حاشية جيدة على المدونة . اخذ عن اصحاب ابن عرفة كأبي يوسف يعقوب الزعبي .

عند قول المدونة قيل لمالك فيمن شهد بين رجلين بحق ، فنسي بعض الشهادة، وذكر بعضها فقال ان لم يذكرها كلها ، فلا يشهد : ما نصه قوله « فقال ان لم يذكرها كلها فلا يشهد » قال المغربي هذا قول لمالك وابن القاسم رحمة الله تعالى عليهما وقال ابن كنانة وغيره ، يستنزل الى ما لا يشك فيه وهو عمدة اهل السجلات وهذا في الشهادة على عدد متماثل كذا فسرها مالك رحمه الله في العتبية وان كانت الشهادة على فصول ، فهي كالشهادات ؛ فلا تبطل إلّا في ذلك الفصل الذي نسيها فيه ، إلّا ان يكون مرتبطا بغيره . فتبطل فيه؛ وفي غيره اهـ. قال ابو علي ابن رحال قول ابي الحسن « وهو الذي اعتمده اهل السجلات » مع قول ابي مهدي « لا ينبغي ان يختلف فيه » يدل على قوة القول بالاستنزال ، مع ظهوره في نفسه، لكن في الحطاب عن ابن رشد اذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها ؛ وسقط عن حفظه بعضها . فانها تسقط باجماع، الخ، فانظر هذا الاجماع ومثله في الرهوني ، قائلا لايصح الاتفاق ، فضلا عن الاجماع، اهـ، وقد احسن عظوم في برنامجه ؛ في الجمع بين ما ذكره ابن رشد ، كما في التبصرة والبرزلي ، وبين ما ذكره ابو الحسن وابو مهدي ؛ بحمل كلام ابن رشد على ما اذا كانت ذات فصل واحد ؛ او كانت ذات فصول والفصل المنسي مرتبط بالمذكور اما اذا شهد ان لفلان دينارا ، ولفلان عشرة؛ ونسي عددا ءاخر لرجل نسيه ؛ فانما يبطل الفصل المنسي برأسه ، دون سائر الفصول التي ذكرها، اهـ،

وقد تحصحص مما جلبناه ، ان الاقوال القوية في الشهادة الناقصة ثلاثة، الاول ، بطلانها وهوالذي رجحه الرهوني قائلا يكفي في رجحانه ، كونه قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة والعتبية ، نصا ، مع حكاية ابن رشد الاجماع عليه، وقد علمت ما في حكاية الاجماع من الاشكال ، على ما لابي

علي والرهوني وفهم عظوم له. الثاني ؛ امر المطلوب بالاقرار بشيء ؛ ويحلف عليه ، ليبرأ فان ابى قيل للمدعى عيّن شيئا واحلف عليه ؛ فان قال لا اعرفه او ابى ، سجن المطلوب ، ان لم يكن المدعى فيه شيئا معينا ، فان كان شيئا معينا ، حيل بينه وبين المطلوب ، ولا يصل الى ذلك الشيء المعين ، حتى يقر منه بحق، او يسمي من ذلك ما سمى ، ويحلف على ذلك . وهي رواية مطرف عن مالك. قال ابن حبيب قال لي مطرف ، وقد كنا نقول وغيرنا ، اذا لم يعرف الشهود الحق الذي شهدوا به او نسوه ، فلا شهادة لهم . ولا حق لهذا ، حتى سألنا مالكا رحمه الله عنها ، وتكلم فيها ، فأخذنا بقوله . وحكم به عندنا غير مرة، وصار منهاجا للحكام، ودليلا على هذا النوع من الدعوى والشهادة فيها نقله صاحب التبصرة مستوعبا ، وابن هارون في مختصر المتيطية مختصرا ، ونظمه في العمليات القاسمية بقوله

لو شهدوا لقائم في دار ❊ بحصة مجهولة المقدار
قيل لمطلوب بما شئت اعترف ❊ منها لطالب وكمّل بالحلف
فان ابى قيل لطالب الضنين ❊ ما شئت سمه وخذه باليمين
فان ابى فالدار اخرج من يديّ ❊ مطلوبها حتى يقر بشيّ

القول الثالث ، الاستنزال الى ما لا يشك فيه وهو قول مطرف وقول ابن القاسم، وأفتى به ابن رشد ، واختاره ابو مهدي عيسى الغبريني قائلا : لا ينبغي ان يختلف فيه،



الباب الثالث

في معنى الحكم والفتوى والثبوت والتنفيذ

وفي خطاب القضاة ـ وفي ضابط ما يفتقر للحكم وما لا يفتقر اليه
وفيما يحصل به الحكم
وفي تصرفات الحكام التي ليست احكاما ولغيرهم من الحكام نقضها او تغييرها
وفي المواطن التي يكون الحكم فيها جزئيا والمواطن التي يكون فيها كليا
وفي المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا او تضمنا
وفي معنى الحكم بالصحة والحكم بالموجب والحكم الضمني والحكم الفعلي
والحكم المختلف فيه والحكم بالمختلف فيه
وفي الاحكام التي يجوز تعقبها والتي لا يجوز تعقبها
والتحجير على القاضي الذي يلزم قبوله والتحجير عليه المردود
والتخصيص في القضاء والتعميم فيه واشتراط الحكم بمذهب معين

وفيه تسعة فصول

الفصل الاول

في معنى الحكم والفتوى والثبوت والتنفيذ

الحكم انشاء الزام ؛ او اطلاق ؛ فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا

فانشاء الالزام ؛ كالحكم على الانسان بالزامه بانفاق ولده ؛ او والده او بتسليم الولد لامه ؛ لثبوت إستحقاقها حضانته او بتسليم المشفوع فيه للشفيع ؛

لاستحقاقه الشفعة . وانشاء الاطلاق ؛ كالحكم بزوال الملك عن ارض زال الاحياء عنها ؛ والحكم بزوال الملك عن صيد ندّ عن حائزه ؛ وصار غير مقدور عليه . فانهما يصيران مباحين والتقييد بما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا؛ لاخراج ما يشجر فيه الخلاف لمصالح الآخرة ؛ فانه لا يكون موردا للاحكام والحكم فيه ؛ على فرض وقوعه . يتنزل منزلة الفتوى وهذا كمسائل العبادات . ومدارك الاحكام قال القرافي ، في الاحكام ؛ في الجواب عن السؤال السابع عشر الحكم بشيء ؛ لمدرك مختلف فيه ؛ ليس حكما بالمدرك ؛ بل بمقتضاه . ويوضحه ؛ ان الحاكم لم يقصد الحكم إلّا في اثر ذلك المدرك ، ولم يقصد الحكم في المدرك بل القضاء في المدارك محال لان النزاع فيها ؛ ليس من مصالح الدنيا ؛ بل من مصالح الآخرة وتقرير جميع قواعد الشرع ؛ واصول الفقه ، من هذا الباب . لم يجعل الله لاحد، ان يعين احد القولين بحكم، وانما يحكم بمقتضى احد القولين

والفرق بين الحكم والفتوى ، ان الحكم من وادي الانشاء ، ويترتب عليه الجبر واما الفتوى فمن باب الاخبار ، لانها عبارة عن اخبار المفتي مستفتيه ، عن حكم الشارع ، في اعتقاده ولا مجال فيها للالزام فللمستفتي ان يأخذ بقول عالم ءاخر ، في الحادثة التي استفتى فيها ، ويعرض عن الفتوى الاولى ، بخلاف الحكم ، فلا خيرَةَ فيه للمحكوم عليه ، ويلْزَم بالحكم ، وينفذ عليه ، سواء اطاب به نفسا ، او وجد حرجا فيما قضي به عليه ومن هنا يتبين ، ان ما كان يفعله بعض القضاة ، من امر المحكوم عليه بالدخول تحت الحكم ، والاشهاد عليه بالرضي به ، والاذعان له ، مما لا معنى له لانه يلزمه ، رضي ام لا وربما غلا بعض القضاة ، فسجن المحكوم عليه ، اذا امره بالتصريح بالدخول تحت الحكم ، ليشهد عليه به ، فأبى ، او صرح بالامتناع من الدخول . وكان بعضهم يستدل بقول الله جل وعلا « فلا وربك لا يؤمنون حتى

يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » وهو خطأ صراح لان الآية الكريمة ، نزلت في قضية شراج الحرة. التي اختصم فيها الزبير وأحد الانصار؛ فأمر، عليه الصلاة والسلام، الزبير بأن يسقي ، ثم يرسل الماء لجاره. فقال الانصاري : أن كان ابن عمتك. فتلوّن وجه النبيء، صلى الله عليه وسلم ، ثم قال للزبير امسك الماء حتى يبلغ الجُدُر؛ ثم ارسله. فاستوفى للزبير حقه وكيف يصح ان يقاس احد القضاة برسول الله، صلى الله عليه وسلم ، والعصمة في حقه ، عليه الصلاة والسلام ، لا يتطرق ساحتها ريب ، والارتياب في نزاهته ؛ يزجّ بصاحبه في ظلمة الكفر والارتداد ؛ بخلاف غيره من افراد الامة. قال القاضي ابوبكر بن العربي(١) ، في احكام القرءان : كل من اتهم رسول الله؛ صلى الله عليه وسلم. في الحكم؛ فهو كافر. لكن الانصاري زل زلة. فأعرض عنه النبي؛ صلى الله عليه وسلم ؛ وأقال عثرته ؛ لعلمه بصحة يقينه ؛ وأنها كانت فلتة ؛ وليست لاحد بعد النبي ؛ صلى الله عليه وسلم ، وكل من لم يرض بحكم الحاكم بعده؛ فهو عاص ءاثم اهـ. والمراد بعدم الرضى ؛ في كلام القاضي ؛ عدم الانقياد الظاهري ؛ لا الباطني يدل على ذلك قول الشهاب القرافي ؛ في الفرق الثالث والعشرين بعد المائتين انما حرم على المحكوم عليه ؛ المخالفة ؛ لما فيها من مفسدة مشاقة الحكام ؛ وانخرام النظام ؛ وتشويش نفوذ المصالح واما مخالفته بحيث لا يطّلع عليه حاكم ولا غيره ؛ فجائزة اهـ.

واما الثبوت ؛ فعبارة عن قيام الحجة على ثبوت السبب ؛ عند الحاكم فاذا ثبت بالبينة ؛ ان السيد اعتق شقصا له في عبد ؛ او ان النكاح كان بغير ولي ؛ او بصداق فاسد ؛ او ان الشريك باع حصته من اجنبي ؛ في مسألة الشفعة : او انها

(١) هو القاضي ابو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي الحافظ النظار الاشبيلي له تاليف كثيرة منها عارضة الاوذي والقبس والعواصم من القواصم واحكام القرءان وترتيب الرحلة توفي ٥٤٣ منصرفه من مراكش وحمل الى فاس ودفن بباب المحروق.

زوجة للميت ؛ حتى ترث ؛ ونحو ذلك من ثبوت اسباب الحكم ، فان بقيت عند الحاكم ريبة ؛ او لم تبق ؛ ولكن بقي عليه ان يسأل الخصم : هل له مطعن او معارض ؛ ونحو ذلك ؛ فلا ينبغي ان يختلف في هذا : انه ليس ثبوتا ؛ ولا حكما لوجود الريبة ؛ او عدم الاعذار وان قامت الحجة ؛ على سبب الحكم؛ وانتفت الريبة ؛ وحصلت الشروط ؛ فهذا هو الثبوت والحكم من لازمه ، قاله الشهاب القرافي ، في الاحكام ، ومما يدل على ان الثبوت غير الحكم ، دخوله في العبادات والمواطن التي لا حكم فيها بالضرورة ، اجماعا. فيثبت هلال شوال، وهلال رمضان وتثبت طهارة المياه ، ونجاستها ويثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين ، بسبب الرضاع ، والتحليل ، بسبب العقد ومع ذلك ، لا يكون شيء من ذلك ، حكما واذا وجد الثبوت بدون الحكم ، كان اعم من الحكم. والاعم من الشيء غيره بالضرورة ، قال القاضي ابن عبد السلام وليس قول القاضي « ثبت عندي كذا » حكما منه بمقتضى ما ثبت عنده فان ذلك اعم منه قال وانما ذكرنا هذا ، لان بعض القرويين غلط في ذلك، وألّف المازري جزءا في الرد عليه ، جلب فيه نصوص المذهب ، اهـ

ونقل البرزلي في نوازله ، عن ابن رشد جوابين مختلفين في المسألة سئل عن بينة ثبتت عند قاض ، وأشهد على نفسه بثبوتها ، ثم عزل ، وولي غيره. هل يكررون شهادتهم عند الثاني ، او لا وهل اثبات العقد عند الاول. يجري مجرى الحكم ، او الشهادة على الشهادة ، فلا يشهد الفرع حتى يتعذر الاصل ، فأجاب اشهاد القاضي بثبوت العقد ، حكم بعدالة البينة عنده ، فلا يعيدون عند غيره ، لانه اذ ذاك لا يحكم بها ، إلّا بعد علمه بعدالتهم ، او تزكيتهم عنده ، واذا ثبت عنده ، ان القاضي الاول اشهد بثبوت العقد عنده ، قضى بشهادتهم ، بعد الاعذار ، دون تزكية ، وان لم يعرف عدالة، اهـ، وهذا الجواب يقتضي ان الثبوت

جار مجرى الحكم ، وسئل ايضا ، عمن له حق ، ثبت بشاهدين عند قاض ، وأشهد القاضي بثبوت الحق عنده ، بعدلين ، ثم نقل الحكم لآخر ، هل تعيد بينة الاصل شهادتها عند القاضي ، واذا اعيدت فهل يعذر في بينة ثبوت الحق ، واذا اعذر اليه ، وكانت مبرزة ، هل يمكّن من القدح بغير العداوة ، وهل يجرحهما من هو اقل منه عدالة. فأجاب الوجه. اعادة شهود الاصل شهادتهما: عند المنقول اليه الحكم ، او من يبعثه ، ان كان في بلد ءاخر ولا يمكّن الخصم ، من القدح في شهود الحكم ، بالاسفاه ، مع تبريزهما بل بالعداوة والهجر اذ قد يقع من البارز في الفضل والصلاح. هذا المختار مما قيل فيه . وتجريحه بالعداوة ، ممن هو فوقه ، (١) او مثله او دونه اهـ

قال البرزلي: ظاهر هذا الكلام، ان قول القاضي «ثبت» ليس هو كانفاذ حكمه حتى يصير محترما وهذه المسألة ، ذكر شيخنا الامام - يعني ابن عرفة - انها وقعت بين يدي ابن عبد السلام ، وحكم بأن « ثبت » من قول القاضي ، ليس بتنفيذ(٢) حكم. ونقله عن المازري. قال: لا يكون قول القاضي « ثبت عندي كذا » حكما بمقتضى ما ثبت عنده ، فان ذلك اعم منه قال ابن عرفة قلت للشيخ ابن عبد السلام قول المازري اختلف العلماء في اقتصار القاضي على تسمية بينة ثبتت عدالتها عنده : هل ذلك كنقل شهادة عن شهادة: اوكالقضية المنفذة.(٣) فمن رءاه كالقضية المنفذة ؛ تناقض في تفريقه بين ان يحكم القاضي او يسمع بينة عليه ويحكم بثبوتها عنده لان حكمه بثبوتها عنده يمنع القاضي الآخر من الاجتهاد في ثبوتها وكذلك من اجرى ذلك مجرى نقل الشهادة عن الشهادة تناقض ، لان القاضي واحد واذا كان قوله « ثبت عندي بشهادة فلان وفلان » نقلا فنقل واحد شهادة شهود ، لا يعول عليه لكنهم جعلوا حرمة القضاء ومنصبه ، يصيّر القاضي ، وان كان واحدا كالاثنين نقلا ، لانّ له تنفيذ

---

(١) اي في العدالة (٢) اي ابرام (٣) اي المبرمة

ما شهد عنده ، فينفذ ما قضى وان كان واحدا وكذا نقله عن شهود شهدوا عنده على غائب ، ليس بقضية محضة. ولا نقل محض ، بل هو مشوب بالامرين. فينظر اولاهما به فينسب اليه فقال لي نقلك عن المازري ؛ أن قول القاضي « ثبت عندي » انه كالقضية المنفذة عند بعضهم ، بعيد فانه الف جزءا خطأ فيه من قال ذلك فأوقفته ، بعد انقضاء مجلس الدرس ، على قول المازري المتقدم. فدخل منزله ، وأخرج الي الجزء الذي ألف المازري ، يقتضي ما ذكره الشيخ. قال ابن عرفة ولبابه ان بعض القضاة ، انفذ كتابا لقاض ، ذكر فيه « وثبت لدي ان فلانا وفلانا اشتريا من فلان ، في عقد واحد ، كذا وكذا بينهما ، بثمن سماه ، فسألني الحامل لهذا الكتاب ، انهاء جميع ذلك للقاضي ، ليفعل فيه موجبه.» فاتفق رأي الجماعة الذين استرشدوا فيه ، على انه لا يوجب نقل ملك البائع ، فتتعلق به الاحكام التابعة لنقل الملك ، من الشفعة وغيرها وعن تعلق الشفعة وقع الكلام والدليل على ان هذا الكتاب لا يوجب على الشفيع اخذ الشفعة او تركها ، انها لا تجب إلّا بعد انتقال الملك لان بيع الخيار لا تجب فيه شفعة ، ما لم يبت ، والملك قد انتقل فيه ، على احد القولين عندنا والملك لا يثبت انتقاله ، إلّا اذا اعترف به المتعاقدان ، او حُكم به عليهما ، عند الانكار. وهذا الكتاب لم يذكر فيه اعتراف البائع بالبيع ، ولا صرح من بعد ، بأنه حكم بالبيع وقضى به بل اورد لفظا محتملا للحكم ، ولما سواه ولا تلزم القضايا والاحكام بلفظ فيه اشكال وابهام واللفظ المحتمل ، هو قول القاضي « وثبت عندي ان فلانا اشترى من فلان » وقوله « ثبت عندي » لفظ يتردد بين ثبوت حكم ، وبين استماع لما اثبته من بينة زكية ، دون ايقاع حكم وابرام قضية فان الثبوت لغة ، حصول امر وتحققه يقال ثبت خصب ارض كذا ؛ مما لا يصح ان ينصب له الحاكم ، وتطلب فيه القضايا والاحكام، والروايات مسطورة

بصحة ما قلناه قال اشهب اذا كتب قاض الى قاض بأمر مختلف فيه. والمكتوب اليه لا يرى ذلك الرأي فن كتب اليه انه حكم بما في كتابه وأنفذه، جاز ذلك وأنفذه هذا وان لم يكن قطع فيه الحكم. وانما كتب بما اثبت عنده الخصم، فلا ينبغي له ان يعمل برأي الكاتب ومثله لابن حبيب عن الاخوين (مطرف وابن الماجشون) وفي الموازية يجب انفاذ ما في كتاب القاضي لقاض، ان كان فيه «قضيت لفلان على فلان» وان لم يكن في الكتاب الفراغ من الحكم، فعلى المكتوب اليه ان يتم الحكم ولا يستأنفه اهـ. قال الشيخ ابن عرفة مسألة النزاع بين المازري ومنازعيه، مبنية على تحقيق امرين. احدهما، ان فاعل «ثبت» اذا كتب قاض لقاض ءاخر بلفظ «ثبت كذا عندي» هل هو بمنزلة المقضي به عنده، ام لا والحق انه مختلف فيه على قولين الاول. انه ليس كالمقضي به، وهو ظاهر قول ابن رشد. في مسألة تسمية القاضي في كتابه من شهد عنده. ما نصه لان كتاب القاضي للقاضي، بما ثبت عنده على رجل في بلد المكتوب اليه، ليس بحكم على غائب. والثاني: انه كالمقضي به وهو ظاهر فهم ابن رشد المذهب، حيث قال ان كتب بثبوت شهادة البينة فقط. لم يؤمر باعادة شهادتهم، وان كتب بتعديلهم. او بقبوله اياهم. الى ءاخر كلامه ونص المازري في شرح التلقين؛ على انه مختلف فيه بين العلماء. ولم يصرح فيه عن المذهب بشيء، ونقل الشيخ عن اشهب، انه ليس كالمقضي به، الثاني، ان مسمى «اشترى» هل يقتضي ثبوت ملك المشتري لما اشترى ام لا فالمازري، ومن وافقه على فتواه من فقهاء المهدية. يقول انه لا يقتضي ملكه وخصمه يقول، يقتضي ملكه. وهو ظاهر المدونة عندي. منها قوله في الزكاة الاول من اشترى، بمال حل حوله ولم يزكه، خادماً فماتت فعليه الزكاة، وفي الجهاد، من اشترى من المغنم، ام ولد رجل او ابتاعها من حربي، فعلى سيدها ان يعطيه جميع

ثمنها وفي الشفعة ، من ابتاع شقصا بثمن الى اجل فللشفيع اخذه بالثمن الى ذلك الاجل الى غير ذلك مما لا يعدّ كثرة . فعلى هذا مقتضى العدل، ان ثبت ان قول القاضي «ثبت عندي» كالمقضي به ، يكون الصواب فتوى منازع المازري ، وإلّا فلا قال البرزلي وفي هذا الاستقراء نظر . لان هذه الاحكام مرتبة على صحة البيع قبلها فتأمل ونقل في الحاوي عن المازري ان سحنونا وأشهب ومطرفا وابن الماجشون فرقوا بين ما ينفذ من الاحكام وبين ما اقتصر فيه على الاثبات . وذكر انه سأل شيخه أبا العباس ابن حيدرة . (١) عن شهيدين شهدا على رسم ، ورفعا عند القاضي، وأثبت الرسم بعدول ، ثم خاطب عليه القاضي ، ثم رفعت يد الاصول بجرحة . فأجابه بأنه لا يعمل بها .

قلت . قول الشيخ ابن عرفة ظاهر فهم ابن رشد المذهب على ان الثبوت كالمقضي به لايجابه بناء الثاني على فعل الاول . فيه نظر لاحتمال ان وجوب البناء على فعل الاول لمصلحة تقصير زمن الخصام ، والثقة بما فعله الاول، لعلمه وعدالته ، مع عدم طرو ما يوجب اعادة النظر . وربما يستفاد هذا مما نقله ابن فرحون في التبصرة في صفحة ٨٨ من الجزء الاول عن الشيخ تقي الدين السبكي(٢). ان فائدة الحكم بالثبوت . عدم احتياج حاكم اخر الى النظر، وجواز التنفيذ في البلد. فان في تنفيذ الثبوت في البلد ، من غير اقترانه بحكم، خلافا. فاذا صرح بالحكم ، جاز التنفيذ. فهما فائدتان.

ونقل عنه ايضا . ان الثبوت تارة يضاف الى السبب الذي نشأ عنه الحكم، وتارة يضاف الى قول القاضي ، وتارة يضاف الى الحكم. فالاول كاثبات جريان عقد الوقف او البيع او الهبة او النكاح، والثاني ؛ قول القاضي : ثبت عندي قيام

---

(١) هو ابو العباس احمد بن محمد بن قاسم بن محمد ابن حيدرة كان معاصرا لابن عرفة. اخذ عن ابن عبد السلام . واخذ عنه ابن علوان وعيسى الغبريني والبرزلي تولى قضاء الانكحة بتونس، ثم قضاء الجماعة ، وتوفي سنة ٧٧٨

(٢) هو علي بن عبد الكافي السبكي ، الشافعي المذهب ، الجامع لاشتات العلوم ، وُلّي قضاء الشام سنة ٧٣٩ من تاليفه الابتهاج في شرح المنهاج . وقد استوفى ابنه الشيخ تاج الدين ، في طبقاته ، اسماء كتبه، وما قاله العلماء فيه. مولده سنة ٦٨٣ وتوفي في القاهرة سنة ٧٥٦

البينة بهذه العقود ، او ثبت عندي الاقرار بهـا ، او بالدَّيْن ، مثلا ، وان معنى ثبوت قيام البينة ، تزكيتها وقبولها، قال وقد تردد الفقهاء ، في ان الثبوت حكم، او ليس بحكم، وعند الحنفية انه حكم، ولا يتجه في معنى كونه حكمـا ، إلّا انه حكم بتعديل البينة ، وقبولها ، وجريان ذلك المشهود به، واما صحته ، او الالزام بشيء ، فلا ، والثالث ، كقوله: ثبت عندي ان هذه الدار وقف ، او ملك فلان، او أن هذه المرأة زوجة فلان، فهذا مثل الحكم، فلا يمكن التعـرض لنقضـه ، إلّا ان يتحقق ان مستنده جريان عقد مختلف فيه ، كقول الحنفي « ثبت عندي ان هذه زوجت نفسها » ونحو ذلك، فحينئذ يعود الخلاف ، في ان الثبوت حكم ام لا ، ويقوى جريان الخلاف فيه، فان قلنا انه حكم ؛ امتنع على حـاكم اخر ابطاله، وان قلنا انه ليس بحكم ، لا يمتنع، ومن يقول ينقض حكم القـاضي بلا ولي ، لم يمتنع عنده على الوجهين جميعا، ولو لم يصرح القاضي ببيـان السبب ، واقتصر على قوله « ثبت عندي انها زوجة » وعلم ببينة اخرى ، ان مستنده تزويجها نفسها ، فالظاهر ان الامر كذلك، لكن العلم بذلك صعب ، لاحتمـال ان يكون جاء وليها ، فجدد عقدها بحضوره ، في غيبة من شهد عليه بالثبوت المطلق، وبتزويجها نفسها ، وان كان احتمالا بعيدا، اهـ، قلت: ما ذكـره الشيخ تقي الدين في القسم الثـالث ، لا يتمشي على المعول عليه ، عند المالكية ، في الثبوت، فان المعتمد عندهم، ان الثبوت من القاضي العالم العدل ؛ يغني القضاة عن اعادة النظر فيما ثبت ؛ ما لم يحصل ما يوجب اعـادة النظر، لا فرق في ذلك بين الثبوت المضاف الى السبب ؛ وبين الثبوت المضـاف الى ما يحكم به ، على ان قول القاضي: ثبت عندي ان هذه المرأة زوجة فلان ؛ او ان هذه الدار وقف فـلان ؛ او ملك فلان ؛ لا يزيد على اضـافة الثبوت الى السبب ؛ إلّا بظهور الاعذار فيه ظهورا بينا، وذلك غير مؤثر ؛ بدليل انه لو طرأ ؛ بعد ثبوت قيام البينة والاعذار

فيها ؛ وقبل الحكم ؛ رجوع من الشاهد عن الشهادة ؛ لوجب ان يبطل الثبوت الاول، كما لو طرأ بعد ثبوت قيام البينة موجب جرح ؛ او طرأ بعد ثبوت اهلية المعاملة موجب حجر

واذا اتضحت حقيقة الثبوت ؛ فهناك بعض انواع من تصرفات القاضي ؛ التي هي من الثبوت ، ولا تلمسها يد الاحكام ابدا،

النوع الاول ؛ اثبات الصفات في الذوات، كأن يثبت عند الحاكم ؛ الجرح ؛ او العدالة ، او اهلية الامامة للصلاة ، او اهلية الحضانة ، او اهلية الوصية ، او اهلية التصرف في ماله كالترشيد ، او اهلية المنع من التصرف، فكل هذه الاشياء من قبيل الثبوت، ويجوز لغير المثبت من الحكام ، ان لا يقبل من عدّله قاض ، ويعتقد فسقه ، اذا ثبت سببه عنده ويقبل من ثبتت جرحته عند قاض ، ان ثبتت عنده عدالته، وأن يطلق من حجّر عليه قاض ، ويحجّر على من اطلقه قاض ءاخر اذا تحقق عنده نقيض ما تحقق عند الاول،

النوع الثاني ، اثبات اسباب المطالبات، كثبوت الديون على الغرماء ، والنفقات للاقارب والزوجات ، وأجرة المثل في منافع الاعيان، فهذه الامور وما شاكلها، اذا لم يحصل حكم بها ، وانما نهضت الحجة بها عند القاضي ، فلقاض ءاخر ان يغير ما ثبت عند الاول ، اذا ثبت موجبه،

النوع الثالث ، حجج اسباب الاستحقاق . كأن يثبت عند القاضي التحليف ؛ ممن يتعين عليه الحلف ؛ واقامة البينات ممن اقامها ؛ والاقرارات من الخصوم ؛ ونحو ذلك، فهذه الافراد وما شاكلها ، من الثبوت ، وللحاكم ان ينظر فيها ؛ ويثبت ما اثبته القاضي الاول ، او يبطله ، بل اذا اطلع فيها على خلل ، تعقب ما ثبت عند غيره ، ولا يكون ذلك الاثبات السابق ، مانعاً من تعقب الخلل في تلك الحجج

النوع الرابع اثبات اسباب الاحكام الشرعية، نحو الزوال ، ورؤية الهلال في رمضان . وشوال ، وذي الحجة ، مما يترتب عليه الصوم ، او وجوب الفطر ، او فعل النسك ، فكل ذلك من وادي الثبوت . وللمالكي ان لا يصوم في رمضان ، اذا اثبته الشافعي بواحد ، لانه ليس بحكم . وانما هو اثبات سبب ، فمن لم يكن ذلك عنده سبباً لم يلزمه ان يرتب عليه حكماً ، قاله القرافي في الاحكام .

واما التنفيذ فمعناه بالنسبة لحكم نفسه . الالزام بالحبس . وأخذ المال بيد القوة . ودفعه لمستحقيه ، وتخليص سائر الحقوق . وتمكينها بأيدي مستحقيها ، كتسليم الولد لحاضنته . وارجاع المعتدة من طلاق لبيت سكناها ، وايقاع الطلاق على من يجوز له ايقاعه عليه ، ونحو ذلك ، فالتنفيذ . غير الثبوت والحكم ، بل يأتي في الدرجة الثالثة ، اذ اول ما يسبق ثبوت الشيء . ثم الحكم به ، ثم تنفيذه ، وقد تجعل للحاكم قوة التنفيذ . وقد تسلب منه ، (١) كما هو الحال اليوم .

واما التنفيذ ؛ بالنسبة لحكم غيره ؛ فأن يقول ، فيما تقدم الحكم فيه من غيره : ثبت عندي ، انه ثبت عند فلان من الحكام ، كذا ومثله اذا قال ثبت عندي ، ان فلاناً حكم بكذا ، فهذا ليس حكماً من المنفذ ؛ البتة ؛ ولا مفيدا لصحة الحكم السابق ، إلّا ان يقول القاضي الثاني حكمت بما حكم به الاول . وألزمت بموجبه ومقتضاه ، ومتى كان الحكم الاول مستوفيا شروط الصحة، يلزم تنفيذه والزام المحكوم عليه به ان اتحد الحاكم الاول والمنفذ الثاني مذهباً ، فان اختلفا مذهبا فهل يلزم الثاني تنفيذ حكم القاضي الاول ؛ والزام المحكوم عليه

---

(١) اقتضت التراتيب ؛ ان السلط التنفيذية تكون مستقلة عن السلط الحكمية فالمنفذ هو شيخ المدينة في الحاضرة ؛ وعامل الجهة في غيرها واذا صدر حكم من القاضي ؛ فالمحكوم له يتسلم نسخة من حكمه ؛ وينهيه الى المدينة ؛ او عامل الجهة ؛ لاجل التنفيذ

بدفع المال الذي حكم ؛ عليه به القاضي والزام الزوجة المحكوم عليها بصحة النكاح ؛ وتمكين الزوج منها ؛ مع ان مقتضى مذهبه خلاف ما نفذ به ذلك الحكم. في ذلك قولان ؛ حكاهما المازري احدهما ؛ انه يقف عن تنفيذه وابطاله ، لانه ان نفذه ؛ والزم المحكوم عليه ما فيه ، الزمه ما لا يرى انه الحق عنده ، والثاني ، انه ينفذه ؛ ويلزم المحكوم عليه ما تضمنه الحكم ، لان توقفه عن انفاذه كابطاله ، وهو ممنوع من نقض الاحكام المجتهد فيها. وذكر في المفيد ؛ ان الثاني هو الذي به العمل ، قلت ؛ وعملنا التونسي على هذا الثاني ، وذلك ان القاضي الحنفي اذا حكم بصحة البيع ؛ فيما بيع على الكمشة المجهولة ؛ او بصحة الوقف الخالي عن الحيازة ؛ وترووفع ؛ بعد هذا الحكم ؛ في القضية المحكوم فيها ؛ لدى القاضي المالكي ؛ في الصحة والفساد ؛ فان القاضي المالكي ؛ يحكم بمثل ما حكم به القاضي الحنفي ، من الصحة . ويعلل حكمه بأن حكم الحاكم يرفع الخلاف ، ويجعل حكم تلك الجزئية الخاصة . الصحة عند الجميع ، هذا ما كان يفعله من سلف من القضاة التونسيين ، وما زال العمل مستمراً به اليوم ، بل كان القاضي المحقق الشيخ ابو عبد الله محمد الطاهر بن عاشور الجد رحمه الله، مكّن من الشفعة بقيمة الشقص المشفوع فيه ، فيما بيع على الكمشة المجهولة ، وصدر حكم من القاضي الحنفي فيه ، بصحة البيع ؛ على مقتضى مذهبه ، وعلل ذلك بأن المشاع اذا بيع بيعا فاسداً ، وطرأ على ذلك البيع ما أوجب مضيه ، فان الشفعة تقع بقيمة الشقص المشفوع فيه ، كما قال في التحفة ، في مبحث الشفعة « وفي البيوع الفاسدة ❁ ما لم تصحح فبقيمة تجب » ، والبيع على الكمشة المجهولة ، فاسد عند المالكية لجهل الثمن ، فاذا حكم الحاكم الحنفي بصحة البيع وامضائه ، ارتفع الخلاف في تلك الجزئية ، وصارت من قبيل البيع الفاسد الذي طرأ عليه ما اوجب مضيه، ومن لوازم ذلك ، تمكين الشريك من الشفعة

فيه بالقيمة ، وقد نازع الشيخ بعض معاصريه ، غير ان حجته ناهضة ، قال رحمه الله وبلغنا ان القاضي اسماعيل التميمي ، كان فعل مثل ذلك ، اخذا مما تقدم وهو اخذ متين العرى. وكان القضاة التونسيون في القديم ، ولم يزالوا الى اليوم ، يحكمون بما تقتضيه الفاظ الواقفين ، في الاستحقاق وشرائط الوقف، على مقتضى مذهبهم ، في الاوقاف الخالية من الحوز ، المحصنة بحكم قاض حنفي بصحتها وما ذلك إلّا من ءاثار اعتبار الحكم الحنفي ونفوذه

الفصل الثاني

في خطاب القضاة وفيه مباحث

المبحث الاول في حقيقة الخطاب وانواعه

الخطاب هو اخبار قاض قاضيا ءاخر بما ثبت عنده او حكم به وانواعه ثلاثة. الانهاء بالمشافهة ، والانهاء بالاشهاد ، والانهاء بالكتابة.

فاما الانهاء بالمشافهة ، (١) فشرط الاعتداد به : ان يكون كل من المنهي والمنهى اليه في موضع ولايته. ويتصور هذا بأن يكونا قاضيين في بلد واحد ، او في بلدين متجاورين. فيقف كل منهما في طرف عمله ، ثم يخبر احدهما الآخر بما يريده من التبليغ. ووجه هذا الشرط ، ان المبلّغ (بالكسر) اذا كان في غير موضع ولايته ، يكون معزولا. وقول المعزول « كنت حكمت بكذا او ثبت لديّ كذا » لا يقبل. واذا كان المبلّغ (بالفتح) في غير ولايته ، يقضي اعتماد

(١) الانهاء بالمشافهة ، بطل العمل به في تونس ووقع الاقتصار على الانهاء بالاشهاد ، او الكتابة وهو اضبط ، وأضمن لحفظ الحقوق

التبليغ ، الى اعتماد علم حصل للقاضي في غير مجلس القضاء، والقاضي لا يستند الى علمه؛ في غير التعديل والتجريح.

ثم ان الانهاء بالمشافهة ، صحيح ، على اصل المذهب في جواز تعدد القضاة بالبلد الواحد، ولم يقع منصوصا لقدماء المالكية، وانما يذكرون الاشهاد، ولهذا عزاه الشيخ ابن عرفة لابن شاس، وقد ذكره المازري ، تفريعا على مسألة اقتصار القاضي على تسمية بينة تثبت عدالتها عنده ، هل ذلك كنقل شهادة من شهادة . او كالقضية المنفذة، وظاهر كلامه ، ان المسألة ينبغي ان يختلف فيها ، ونصه ، كما في شرح ابن مرزوق على المختصر : مما يتفرع من هذا ، لو ان احد القاضيين المستقلين بمدينة ، اخبر الآخر ، انه ثبت عنده شهادة فلان وفلان لرجلين بالبلد ، وقضى بثبوتهما، فان قلنا ان هذا منه كنقل شهادة ، فلا يكتفى بتعريف المخاطب انهما شهدا، لان المنقول عنهما حاضران ، ولا ينقل عن حاضر من غير عذر، وان قلنا انه كقضية ، فان الثاني ينفذه ، ولا يطالب باحضارهما . وهذا ايضا ان قلنا ان قول القاضي وحده ، وان كان كالنقل ، يكتفى به ، لحرمة القضاء ، فيصح نقله وان حضر من نقل عنه اه .

وما قدمناه ، من اشتراط حلول كل من المنهي والمنهى اليه في محل ولايته ، هو الذي اقتصر عليه خليل ، تبعا لابن الحاجب، وفي المسألة خلاف، فاما بالنسبة الى المنهي ، فحكى ابن سهل عن اهل طليطلة ، انهم يجيزون اخبار القاضي الحالّ بغير محل ولايته ، لقاضي ذلك البلد ، وينفذه ويرونه كخطابه اياه وتقل الشيخ حلولو في شرح المختصر ، عن شيخه البرزلي ، ان العمل بتونس على ذلك ؛ وأن قضاة الكور اذا قدموا الى تونس ، ووجدوا خطاباتهم ، فانهم يرفعون عليها وأفتى الشيخ ابن عرفة ، في قاض حل بغير محل ولايته وكان ابتدأ قضية ، فسأله اهلها ان يستنيب لهم من يكملها ان ذلك له . وقال

المازري ، لو سئل من الحالِّ بغير محل ولايته ، ان يكشف له عن عدالة بينة ، هي بمحل ولايته لكان له ذلك، ولو سأله التسجيل بذلك . لم يكن له ذلك. ولو سأله سماع البينة فقط . فقولان ، لاصبغ وابن عبد الحكم، والى هذه المسألة اشار في العمليات العامة بقوله :

وجوزوا انهاء ما في خلده ❊ مشافها ان حل غير بلده

بل بلد المنهى له ليعلمه ❊ كما اجاز فقها طليطله

واما بالنسبة الى المنهى اليه ، فحكى ابن سهل عن اصبغ ما ظاهره جواز الخطاب

واما الانهاء بالاشهاد ، فمعناه ان يشهد عدلين ، بأنه قضى بكذا ، او ثبت عنده كذا ، لينهيا ذلك الى قاض ءاخر او أن يكتب قاض الى قاضي بلد ءاخر ، بما ثبت عنده ، من شهادة على رجل ، او حق ، او بقضاء ، ويشهدهما على كتابه.

واختلف ، هل يكتفى بالشاهدين في جميع الحقوق ، وهو ما لاشهب ، وهو ظاهر المدونة، او يلزم اربعة في الزنى ، وهو ما لسحنون ، قياسا على نقل الشهادة فيها، وعلى الاول درج المختصر الخليلي، ووجهه ، ان الشاهدين هنا شهدا على اقرار القاضي، بأن الحكم ثبت عنده وتقرر ، واما الناقلون ، فقد نقلوا حكما عن غيرهم ، لم يثبت ، وانما يثبت بهم، فاعتبر فيهم العدد، قاله ابن يونس ، نقلا عن بعض القرويين، فلو شهد الشاهدان بخلاف ما في الكتاب ؛ بأن يشهدهما ، ويبعث معهما كتابه ، من غير ان يقرأه عليهما، فالاعتماد على ما شهدا به ، لا على ما في الكتاب، قاله في الجواهر، واقتصر عليه خليل،

واما الانهاء بالكتاب وحده ، فاشترط ابن القاسم في العمل به ، قيام البينة بشاهدين ، انه كتابه ، واشترط اشهب ، اشهادهما عليه ، انه كتابه ، ولم يكتف بالشهادة من غير اشهاد ، وجعل ابن رشد محل الخلاف ، في الكتاب الوارد من

كورة الى كورة واما ما جاء من اعراض المدينة لى قاضيها ، فانه يقبله بمعرفة الخط ؛ وبمعرفة الخاتم . وبالشاهد الواحد ، اذا لم يكن صاحب القضية ، لقرب المسافة ، واستدراك ما يخشى من التعدي ، قاله ابن حبيب في الواضحة وقاله ابن نافع وابن كنانة ، في الحقوق اليسيرة قال ابن نافع وقد كان يعمل فيما مضى بكتاب القاضي بمعرفة الخط والختم ، دون بينة ، حتى حدث اتهام الناس فأحدثت الشهادة على كتاب القاضي وأول من سأل الشهادة ، سوار ابن عبد الله ، اهـ ، من شرح ابن مرزوق وكان سحنون لا يقبل كتاب قاض من قضاته ، إلا بعدلين ، ولا يفكه إلا بمحضرهما ، وكان يعرف خط بعض قضاته ؛ ثم لا يقبله إلا بشاهدين ، وكان يجيب من سأله منهم في الاحكام ، في كتابه ، فيطبعه ، ولا يشهد عليه ، وينفذه من يرد عليه ذلك منهم ، وكان ينفذ كتب امنائه ، بلا بينة عليها ويأمر بعض اعوانه ، باحراز كتبهم عنده ، والخلاصة ان الروايات صريحة في لغو كتاب القاضي بمجرد معرفة خطه ، دون الشهادة عليه ، ولهذا قال ابن المناصف اتفق اهل عصرنا ، في البلاد التي ينتهي اليها امرنا ؛ على قبول كتب القاضي ، في الاحكام والحقوق ، بمجرد معرفة خط القاضي دون الشهادة على ذلك ولا خاتم معروف ، مع اني لا اعلم خلافا في مذهب مالك ان كتاب القاضي لا يجوز ، بمعرفة خطه ، قال ابن المناصف ووجه عمل الناس ؛ ان الظن الناشيء عن معرفة الخط ، مساو للظن الناشيء عن شهادة البينة بأنه كتابه ، مع ما في اشتراط البينة على الكتاب من المشقة ، مع انتشار الخطة ؛ وبعد المسافة قال الشيخ ابن عرفة : ولا تندفع المشقة ببينة يشهدها القاضي على كتابه ، ثم يرفع على خط البينة ، كما يفعله كثير من اهل زماننا ، لان ثبوته ، بالشهادة على خط القاضي ؛ اقوى ظنا من الشهادة على خط تلك البينة ، اهـ ، قال ابن المناصف فاذا ثبت وجه ذلك ،

وقامت بينة عادلة على خطه وجب العمل به ، وان لم تقم عليه بينة وعرفه القاضي المكتوب اليه ، فجائز عندي قبوله وقبول سحنون كتب امنائه دون بينة يدل على ذلك قال ويحتمل ان يقال، لا بد من الشهادة على ذلك. اهـ.

وذكر البرزلي ، ان العمل بتونس ، جرى باعتماد كتاب القاضي ، اذا عرف المكتوب اليه خطه وهو ما حكاه ابن المناصف عن اهل زمانه وحكى ابن نافع العمل به قديما قال ابن مرزوق عاد الامر الى ما قال ابن نافع ، انه كان في القديم يكتفي بالخط والضرورة داعية الى ما عليه العمل اليوم والحمد لله على مصادفتهم لعمل السلف الاول. قلت العمل عندنا في هذا الزمان، جار باعتماد كتاب القاضي ، اذا كان مختوما بختمه ، ومكتوبا عليه بخط القاضي «ختم في تاريخه » او «في تاريخ كذا» او « صح فلان » ويلزم الجمع بين الختم وهذه الكتابة ولا يكتفى بالختم وحده احتياطا .

ثم الانهاء بالكتابة قسمان الاول ، ان يكون الكتاب مستقلا بنفسه. الثاني ان تكون الكتابة على الرسم ، لافادة شيء يتعلق به . فأما الانهاء بكتاب (١)

---

(١) كان يطلق على هذا الكتاب اسم المراسلة. ومازال الناس يتغالون في اقتناء مراسلات حذاق القضاة والمفتيين التونسيين، المعروفين بالعلم والتحقيق كمراسلات القاضي اسماعيل التميمي؛ المفتي محمد الخضار؛ (*) واضرابهما . وكان في القديم احدث دفتر للمراسلات؛ يمسكه عدلان ؛ ويضمنان به المراسلات الصادرة واذا وجدا مراسلة مخالفة لمراسلة صدرت في القضية من بعض الحكام ؛ يعلمون الشيخ المراسل ؛ ليتذاكر مع صاحب المراسلة السابقة ؛ ويرجع احدهما الى ما رءاه الآخر . فان بقيا على الاختلاف ؛ ينهيا الامر الى رئيس تلك الدائرة وهو الذي يبت في المسألة . ثم الغي هذا وتغير هذا الاسم في هذه الازمنة القريبة فاستعيض عن اسم المراسلة بلفظ « مكتوب » . وكانت المراسلة يحملها المنتفع بها الى قاضي الجهة. وصار المكتوب يوجه الى القاضي المنهي اليه بواسطة البريد . واذا كان مصحوبا بحجج يخشى عليها من الضياع ؛ يرسل المكتوب والحجج على طريق ضمان البريد والمكاتيب الموجهة الى قاض من قضاة الجهات ؛ تضمن بدفتر معد لذلك ؛ يمسكه كاتب المحكمة كما ان الوارد من الكتب ؛ يضمن بدفتر معد لذلك

(*) هو ابو عبد الله محمد بن محمد الخضار التونسي احد شيوخ الفتوى بتونس كان اية في الذكاء مع غفلة . وخيرا مشتهرا بجودة الشعر وشدة التحرير في الفتاوى . حتى ان العلماء يتنافسون في اقتنائها اخذ عن الشيوخ الاعلام الطاهر بن مسعود وحسن الشريف وابراهيم الرياحي وغيرهم توفي سنة ١٢٦٧

مستقل ، فالعمل فيه بتونس ؛ منذ اكثر من مائة سنة ، جرى بتعيين المكتوب اليه ، وتسميته ، وهو خلاف قول ابن عرفة الذي استقر عليه القضاة بافريقية ، عدم تسمية القاضي المكتوب اليه .

واما الانهاء بالكتابة . في الرسم نفسه ، فلا يسمى فيه المكتوب اليه . وقد جرى عملنا التونسي ؛ بأن الخطاب على الرسوم ؛ يكون في سائر البينات الاسترعائية ؛ بكتابة هذه الجملة ؛ بخط القاضي او المفتي المخاطب « يكتب العمل » مع ختم تلك البينة بختم المخاطب . وتدل هذه العبارة ؛ على صلوحية هذه البينة للاحتجاج بها . بحيث لايتوقف ؛ فيما بعد ؛ على الحكم بمقتضاها ؛ الا على الاعذار فيها فالخطاب بهذه الجملة عندنا بمنزلة لفظة « اديا ؛ فقبلا . وأعلم بذلك فلان » عند المغاربة. ويكون الخطاب في البينات الاصلية ؛ كرسوم البيع والوقف والهبة والصدقة والمغارسة والنكاح والخلع ؛ بكتابة القاضي او المفتي ؛ في اسفل الرسم « ثبت لدىّ العدلان » (١) مع ختم الرسم بختم القاضي او المفتي المخاطب . وتدل هذه العبارة . على ان الشهود منتصبون للاشهاد انتصابا عاما ؛ متسمون بالعدالة ، ولا يكتب القاضي او المفتي « ثبت لديّ » بصيغة الافراد : اسفل الرسم ؛ الا اذا كان قاصدا الاعلام بصحة الرسم ؛ وسلامته من الريب ؛ من جميع النواحي ، بناء على ما اختاره جماعة من حذاق العلماء التونسيين ، وقد تقدم ذلك في الباب الثانى .

ويكون الخطاب في نسخ رسوم الاحباس ؛ بختم النسخة ؛ و كتابة القاضي او المفتي على هامشها ؛ بخطه « طابق الفرع اصله ؛ وأعلم بذلك فلان القاضي ؛ او فلان المفتي » او « قوبل الفرع بأصله ؛ فطابقه ؛ او فتطابقا ، وأعلم بذلك فلان قاضي

---

(١) انما يحتاج الى هذا الخطاب ؛ اذا اريد الاحتجاج بذلك الرسم ؛ في غير البلد الذي انتصب فيه العدلان للاشهاد كأن يكونا من شهود الحاضرة ؛ وهو يريد الاحتجاج به في سوسة. او كان العقار مسجلا ، ويريد صاحب الرسم تضمين ما به ، في دفتر المحكمة المختلطة ، لدى دفتر دار . او قصد الاحتجاج به في محكمة اجنبية ، او خارج الايالة ، او تضمينه في القباضة العامة .

كذا ؛ او المفتي ببلد كذا » ويدل هذا الخطـاب ؛ على ان الاصل المنسوخ منه ؛ سالم من الارتياب ؛ لاشيء فيه يوهن الاحتجاج به ، وأن شهيديه ثابتا العدالة.

اما الخطاب على النسخ ، من غير رسوم الاحباس ، فيكون بختم النسخة ؛ وكتابة « ثبت لدي » وتقدم في الباب الثاني ، ما يجوز اخراج النسخ منه ، وما لا يجوز ، ويكون الخطاب في المضامين ، المخرجة للدلالـة على التملك ، بختم المضمون ، وكتابة « ختم في كذا » بخط القاضي . او المفتي ، قبل عقد العدلين ، ثم يعقد العدلان ، ويدل ما ذكر ؛ على سلامـة الاصل من الخلـل والارتياب وصحة ما تضمنه هذا المضمون ، وقيامه مقام الاصل ، واذا خلا المضمون من ذلك . لم يقم مقام الاصل ؛ ولو كان مختوما وكتب القاضي اسفله « ثبت لدي » او « ثبت لدي العدلان » اذ لا تدل هذه العبارة . في المضامين : على اكثر من ثبوت عدالة العدلين ؛ ولا تدل على سلامة الاصل من الريب . واستيفائه لشرائط الاعمال .

المبحث الثاني في فائدة الانهاء

فائدة الانهاء ؛ عدم استينـاف السير في المراحـل التي قطعها القاضي المنهي ؛ والبناء على ما تضمنه الانهاء قال ابن رشد يجب على القاضي المكتوب اليه ؛ او من تولى بعده ، ان يصل نظره بما ثبت عن القاضي الكاتب فـان كتب ثبوت شهادتهم فقط . لم يأمر باعادة شهادتهم ونظر في تعديلهم ، وان كتب بتعديلهم وبقبوله اياهم ؛ اعذر للمشهود عليه فيهم ، وان كتب انه اعذر له ؛ فعجز عن الدفع ؛ امضي الحكم عليه . اهـ . قال التاودي في شرح التحفة وحاصله ؛ انـه يبني على فعل الاول ، وهذا اذا كان قاضي مصر ؛ لم يعرف جوره ولا جهله ؛ وإلّا استونف . اهـ . وقـال الشيخ التسولي في شرح التحفة وانما كان يبني ؛ لان

اشهاد القاضي الاول ، بما ثبت من شهادتهم ؛ او تعديلهم ؛ او اعذار فيهم ؛ ونحوه ؛ حُكِم بذلك، فلو لم يُبين ؛ لكان متعقبا لحكم الاول، وفي خليل « ولا يتعقب حكم العدل العامل » ولهذا اشترط في المنهي، ان يكون اهلا ، او قاضي مصر ؛ لم يعرف جوره ولا جهله، لان شأن قضاة الامصار العلم، اهـ، قلت : فيما قاله الشيخ التسولي نظر، لان ما ذكره من قبيل الثبوت ؛ لا الحكم ، كما تقدم تحقيقه، وعندي، ان ليس الامر بالبناء على فعل غيره ، ممن اشتهر بالعلم والعدالة ، او كان مظنة لها، بأن كان قاضي مصر لم يعرف جوره ولا جهله ؛ لما ذكره الشيخ التسولي ؛ وسبقه اليه ابن عرفة، وانما هو لحصول الطمأنينة والثقة ؛ بفعل المشتهر بالعلم والعدالة؛ وعدم ظهور ما يوجب اعادة النظر، وفي استئناف النظر ، والحالة ما ذكر ، تطويل لامد النزاع ، واضرار بالخصوم، وبما ذكرناه ، يمكن التوفيق بين ما ذكروه ، من البناء على فعل القاضي العدل العالم ، وبين ما حققه الشهاب القرافي ، في الاحكام ، في الفرق بين الثبوت والحكم ، تبعا لما ذكره المازري ، ونقله عن اشهب وسحنون ومطرف وابن الماجشون ، وهو الذي جزم به القاضي ابن عبد السلام، وهو الذي صرح به ابن رشد في بعض اجوبته، وكرر القرافي ذكر المسألة ، فأعادها فيما يدخله حكم الحاكم، وما لا يدخله، وقد تقدم طرف من ذلك،

المبحث الثالث في العمل بالخطاب

اذا مات او عزل المخاطب المنهي او المخاطب المنهى اليه

اذا مات المخاطب (بالفتح) او عزل ، قبل وصول الخطاب اليه ، او بعده وقبل البناء عليه، لا يلغى الخطاب ، ويجب ، على من ولي مكان المكتوب اليه ؛ انفاذه والعمل به ، كما لو كان هو المكتوب اليه بعينه، لان المراد في هذا كله ، السلطان الذي اذا زال من واحد ، كان في ءاخر ، هذا قول مالك وأصحابه، انظر التبصرة الفرحونية صفحة ٤٢ جزء ٢

واما اذا مات المخاطب (بالكسر) او عزل ، قبل وصول كتابه، فان اشهد القاضي الكاتب على كتابه ، قُبِل كتابه، لان اشهاده عليه ، كاشهاده على حكم نفذ، واما ان لم يشهد عليه ، وهو الذي جرى به عمل تونس والمغرب ، من العمل كتاب القاضي ، بمعرفة خطه دون اشهاد عليه . فظاهر ما فى مختصر الواضحة عن ابن الماجشون ، اعماله، وقال ابن المناصف : لا يصح العمل به بوجه من الوجوه ، لان اعلا مراتبه ، اذا ثبت ، ان يقوم مقام قول القاضي نفسه « ثبت عندي كذا » لان ذلك مدلول الكتاب، وهذا يقبل منه ما دام واليا ، فاذا عزل؛ لم يقبل منه على حال ، إلّا ان يكون على ذلك اشهاد في حال الولاية ، فيجوز ، عملا بالشهادة، وفي المدونة ان القاضي اذا عزل او مات ، وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتها ، لم ينظر فيه ، ولا يجيزه من بعده، وان قال القاضي المعزول « ما في ديواني. قد شهدت به البينة عندي » او قال «كنت حكمت بكذا » لم يقبل ذلك منه ، فكذلك كتاب القاضي المعزول قال ابن المناصف : وخالف في ذلك جماعة من الطلبة وأجازوا ذلك ، وهو غلط وخروج عن القاعدة في ذلك اهـ، من التبصرة، قال الشيخ التسولي في شرح التحفة اعتمد تقييد ابن المناصف غير واحد، وذكر ابن عرفة انها نزلت في وسط القرن الثامن، وان شيخه ابا عبد الله السطي (١) رجع الى تقييد ابن المناصف، قال التسولي وهو الاحوط في العزل، لانه قد يفعله بعد عزله ، ويوهم انه صدر منه قبله، فإذا كان قول القاضي بعد عزله « قد كنت حكمت بكذا قبله » او « اجلت » ونحوه، لا يقبل إلّا ببينة ، لاحتمال كذبه ، فكذلك هذا، اذ خطابه الوارد بعد عزله، بمنزلة قوله ذلك، واما في الموت على الولاية ، فلا يتطرق هذا الاحتمال ، مع

---

(١) هو ابو عبد الله محمد بن سليمان السطي اخذ عن ابي الحسن الصغير وتفقه بأبي الحسن الطنجي وأخذ عنه ابن عرفة وابن خلدون والمقري والقباب وابن مرزوق الجد له تعليق على المدونة وشرح على الحوفية وتعليق على جواهر ابن شاس. مات غريقا في سواحل بجاية سنة ٧٥٠

معرفة خطه، ووقع في شهادات المعيار . من جواب لابن زيادة الله وابن البراء:(١) الذي يقتضيه النظر ، التفصيل بين الموت والعزل اه باختصار قلت عمل المحاكم الشرعية اليوم . جار على قبول كتاب القاضي . وان وصل الى المكتوب اليه بعد موت الكاتب او عزله، وهو مقتضى اطلاق مختصر الواضحة عن ابن الماجشون ، ووجهه ، ان تضمينه بدفتر المحكمة ، بمنزلة الاشهاد عليه. وينفي جميع الريب والشكوك ، فان قيل : قد نقلت قريباً عن المدونة ، ان القاضي اذا عزل او مات ، وفي ديوانه شهادة البينة او عدالتها ، لم ينظر فيه ، ولا يجيزه من بعده ، فأبطل اعتماد الديوان ، (وهو الكتاب) قلت ، الديوان الملغى ، هو الذي يمسكه القاضي ، ويكتب بنفسه فيه ، لا الذي يكون بيد غيره . ويكتبه احد العدول وهو الواقع اليوم ،

الفصل الثالث

في ضابط ما يفتقر للحكم مع وجود سببه الشرعي وما لا يفتقر للحكم مع وجود سببه الشرعي

ينبغي قبل ذكر الضابط ، تمهيد مقدمة . يستعان بها في هذا الفصل ، وتجري في كثير من مسائل الاحكام . والفصول الآتية ، مجرى القاعدة والاصل. وهي ان المقصود من الحكم ، انما هو سد باب الخصومات ، ودرء الظلامات ، وان الحكم يدخل في الواجب ، كالحكم بوجوب النفقة للمطلقة البائن ، عند من

(١) هو ابو علي عمر بن البراء التونسي قاضي الانكحة بتونس النبيه البيت توفي سنة ٧٩٧

او هو قاضي الجماعة ابو القاسم علي بن عبد العزيز بن البراء التنوخي المهدوي. مولده بالمهدية في حدود سنة ٥٨٠ وتوفي بتونس سنة ٦٧٧

يرى ذلك. ويدخل في المحرم ، كالقضاء بفسخ النكاح الفاسد، فان معناه ؛ ابطال ما توهم انه سبب لاباحة الاستمتاع ، ورد المرأة لما كانت عليه من التحريم ، ويدخل في المباح كالقضاء بردّ الارض مواتا مباحة لكل محيي بعد زوال الاحياء ، كما هو مذهب مالك ، وكاباحة الصيد والنحل والحمام اذا توحش اما المكروه والمحرم ؛ فقال القرافي في كتاب الاحكام ، في الفرق بين الفتاوى والاحكام ، في الجواب عن السؤال السادس لا يتطرقهما الحكم ، اذ لا الزام فيهما ، والحكم انما شرع لدرء الخصام ، ولن يندفع الخصام إلّا بالالزام اوالاطلاق قلت ، وفيه نظر. لان الحكم شُرع كما قال لدرء الخصام واندفاع الخصام يكون بالالزام أو الاطلاق ؛ أو عدم الالزام ؛ ولا ينحصر في الاولين ، وهذا كما لو طالبت مفارقة زوجها بالمتعة فامتنع فرفعته الى الحاكم ؛ فانه يجب ان يقضي بعدم الزام الزوج بالتمتيع ، ويكون حكمه حينئذ رافعاً للخلاف ولو ترك الحكم ، لكان للقاضي الحنفي او الشافعي ان يحكم عليه بالتمتيع طبق مذهبهما ، وكذلك لو ادعى الولد على ابيه ، انه تصدق عليه بماله كله ، وامتنع من تحويزه ، لوجب على الحاكم ، اذا كان ممن يرى كراهة ذلك لا حرمته ان يحكم على الاب بالزامه بالتحويز ، ومثل ذلك الوقف على الذكور دون الاناث ، وفي مختصر ابن عرفة : الكراهة احد اقسام الاحكام الخمسة ، يجب رعي كل حكم منها ولازمه ، وحكم المكروه عدم نقضه بعد وقوعه، اهـ. وصرح الشيخ التسولي ، في اول باب القضاء من شرح التحفة ان الحكم قد يكون بعد اللزوم فالعمدة حينئذ فيما يدخله الحكم ، ان يكون النزاع فيه لمصالح الدنيا ، اي جلب نفع او دفع ضرر ،

اذا تمهدت هذه القاعدة ، فضابط ما يفتقر لحكم الحاكم ، مع وجود سببه الشرعي ، على ما قاله القرافي في الاحكام ، في الجواب عن السؤال الثاني والثلاثين ،

هو ما وجد فيه احد اسباب ثلاثة ، الاول ان يكون ذلك الامر مما يحتاج الى نظر وتحرير ، وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار مسببه ، الثاني ، ان يكون مما لو فوض الى جميع الناس لادى الى الفتن والشحناء وانخرم النظام ، الثالث ان يكون مما قوي فيه الخلاف ، مع تعارض حقوق الله وحقوق الخلق.

فاما السبب الاول ، وهو ما يفتقر الى نظر في تحرير سببه ومقدار مسببه ، لاختلاف الحكم باختلاف احوال ذلك الامر. فكالطلاق بالاعسار والاضرار ، والطلاق على المولي لانه يفتقر الى تحقيق الاعسار ، وهل هو ممن يلزمه الطلاق بعدم النفقة. ام لا ، كما لو تزوجت فقيراً ، علمت بفقره. فانها لا تطلق عليه بالاعسار بالنفقة . وكذلك تحقيق حاله وهل هو ممن يرجى له يسر ، أم لا. وكذلك تحقيق صورة الاضرار. وكذلك يمين المولي ، وهل هي لعذر ، كمن حلف ان لا يطأها وهي مرضع ، خوفاً على ولده فلا طلاق هنا ، لقصده المصلحة لا الاضرار. او كانت لغير عذر وكذلك التطليق على الغائب ، وعلى المعترض فالطلاق في هذه الجزئيات كلها ، لا بد فيه من حكم الحاكم. لكن اختلف ، هل يوقع الطلاق الحاكم ، او توقعه المرأة ، والحاكم يمضيه . فالذي ذهب اليه القاضي ابو محمد بن سراج :(١) ان ذلك للحاكم. والذي ذهب اليه ابن عتاب ان القاضي يبيح لها ان تطلق نفسها ، فان طلقها ، اشهدت على ذلك . وقد نص على ذلك ابن العطار والحجة له من السنة . حديث بريرة فقد قال لها رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : انت املك بنفسك ، ان شئت اقمت مع زوجك ، وان شئت فارقتيه وكذلك الحاكم ، يقول للقائمة عنده بعدم النفقة ، بعد كمال نظره بما يجب ان شئت

---

(١) هو محمد بن محمد بن سراج ؛ ابو القاسم الاندلسي الغرناطي مفتيها وقاضي الجماعة بها حامل راية الفقه؛ والجامع للفنون له تآليف منها شرحه الكبير على مختصر خليل؛ اكثر المواق من النقل عنه في شرحه على المختصر ، وله فتاوى كثيرة ؛ اشتمل المعيار على كثير منها . وتوفي سنة ٨٤٨

ان تطلقي نفسك ، وان شئت التربص عليه فان طلقت ، اشهدت على ذلك قال ابن عتاب وهذا واضح ، إلّا عند من عاند السنة ، وخالف الايمة والخلاصة ان الحق اذا كان للمرأة خالصاً ، فانفاذ الطلاق اليها مع اباحة الحاكم لها ذلك ، كما جاء في حديث بريرة . ونسبة الطلاق الى القاضي ، لكونه ينفذه ، ويحكم به وهذا كما في الطلاق بعدم النفقة ؛ والطلاق بالعتق ، اي عتق الامة اذا كانت تحت عبد . والطلاق بالعنّة ، والطلاق بتزوج الامة على الحرة ، والطلاق بالايلاء ، اذا حلف بالطلاق ليقضين فلاناً حقه فانه يوقف عن امرأته . فاذا جاءت اربعة اشهر ، فانه يؤمر بالفيئة ، وإلّا جعل الطلاق للمرأة ، تنفذه ان شاءت بخلاف الايلاء بقوله لها « ان وطئتك فأنت طالق ثلاثاً » ففي المسألة اقوال احدها ، انه مولٍ ، ولا يُمكّن من وطئها لان باقي وطئه ، بعد التقاء الختانين ، حرام فاذا رفعته الى الحاكم ، فان الحاكم ينجز عليه الطلاق قاله ابن القاسم . وان لم ترفعه ، ورضيت بالمقام ، بلا وطء ، فلها ذلك . واما الطلاق بالجذام ، والجنون ، فانه يوقعه الحاكم . اذا طلبته الزوجة ففي ابن سهل : واما المجذوم ، فلا خيار لها ، حتى ترفع ذلك الى السلطان ، ثم ليس للسلطان ان يفوض اليها امرها ، تطلق متى شاءت ولكن على السلطان ، اذا كرهته وأرادت فراقه ، ان يفرق بينهما ، بواحدة . اذا يئس من برئه وكذلك المجنون ، إلّا انه يضرب له اجل سنة ، كان موسوسا ، او يغيب مرة ، ويفيق اخرى . واما الطلاق الذي لا خيار فيه للمرأة ، فانه يوقعه الحاكم وهذا كزواجها بغير ولي ، وتزويجها ممن ليس بكفء ونكاحها للفاسق ، ومن تزوجت مع وجود والدها ، ولم يستأذنه وليها الذي زوجها . وانواع الانكحة الفاسدة انظر التبصرة الفرحونية صفحة ٧٦ ج١

واما السبب الثاني ؛ وهو ان يكون ذلك الامر ، لو فوض لجميع الناس ،

لادى الى الفتن . وانخرام النظام فمن امثلته . الحدود . فانها منضبطة في انفسها، لا تفتقر الى بيان مقاديرها غير انها لو فوضت لجميع الناس . فبادر العامة لجلد الزناة وقطع السراق . لاشتدت الحميات ، وثارت الانفس ، وغضب ذوو المروءات، فانتشرت الفتن ، وعظمت الاحن فحسم الشارع هذه المادة . وفوض هذه الامور للولاة، فأذعن الناس لهم . واندفعت تلك المفاسد، وهذا السبب الذي بسطناه، هو ضابط ما يفتقر لولاة الامور ، كقسمة الغنائم، وجباية الجزية ، وأخذ الخراجات من اراضي العنوة ، وجمع الجيوش . وانشاء الحروب . وتولية الولاة . وقتل الطغاة والبغاة،

واما السبب الثالث ؛ وهو قوة الخلاف ، مع تعارض حقوق الله تعالى وحقوق الخلق، فمن امثلته ، العتق بالمثلة ، والعتق بالسراية. لتعارض حق الله تعالى في العتق ، وحق السيد في الملك ، وحق العبد في الكسب ، مع قوة الخلاف في ذلك. قال الشهاب القرافي في الإحكام . في السؤال الثاني والثلاثين ولاجل هذه القاعدة، انقسمت الاشياء الى ثلاثة اقسام ما يفتقر للحكم اتفاقاً . لاشتماله على سبب او اكثر من تلك الاسباب ، وما لا يفتقر للحكم اجماعاً. لبعده عنها، وما اختلف فيه، للتردد في ملابسته لاحد الاسباب . وعدم ملابسته،

فمن الاول ، تفليس من احاط الدين بماله ، والتطليق على الغائبين ، من المفقودين وغيرهم ، وفسخ الانكحة الفاسدة المختلف فيها،

ومن الثاني ، العبادات كلها ، وتحريم المحرمات ، المتفق عليها ، او المختلف فيها كتحريم السباع . وطهارة المياه . ووفاء الديون ، ورد الودائع والغصوب .

ومن الثالث ، قبض المغصوب من الغاصب . اذا كان المغصوب منه غائباً، وعتق الشريك نصيبه في عبد ، فحكى ابن يونس اتفاق اصحابنا ، على انه يعتق بمجرد التقويم ، من غير حاجة الى حكم حاكم ، وذكر غيره . افتقار العتق

الى الحكم . ومنه . عتق القريب ؛ اذا ملكه الحر المليء . المشهور عدم افتقاره للحكم ؛ وقيل بالافتقار اليه . ومنه ؛ العتق بـالمثلة . قال مالك : لا يعتـق إلّا بالحكم . وقال اشهب لا يفتقر اليه . وفسخ البيع ؛ بعد تحـالف المتبايعين وفسخ النكاح ؛ بعد التحالف على قدر المهر . جرى الخلاف في توقف الفسخ فيهما على حكم الحاكم وعدم توقفه عليه. وكذلك، جرى الخلاف في المحجور عليه ؛ اذا كان له وصي من قَبل الاب ؛ هل يكفي اطلاق الوصي من الحجر دون مطالعة الحا كم في ذلك ؛ أو يلزم استيذان الحا كم، حتى يكون الاطلاق بإذن الحاكم . وكذلك ؛ اختلف في الفرقة بين المتلاعنين . قال مالك وابن القاسم تقع بتمام التحالف ؛ دون حكم حاكم وقال ابن حبيب لا تقع حتى يفرق الامام بينهما، وكذلك ، اختلف في الحـاضنة تتزوج ، هل يسقط حقها من الحضانة بالدخول ، او بالحكم بأخذ الولد منها، وكذلك ، اذا قـال لزوجته « ان لم تحيضي فأنت طالق » فانه يحنث على المشهور، لكن ، اختلف هل يقع الطلاق بمجرد نطقه، او يفتقر الى حكم الحاكم.وهو اختيار اللخمي. وكذلك ، السلم المختلف في فساده ، اختلف هل يفتقر فسخه الى حكم حاكم، اولا. وعلى الافتقار ، فهو كالسلم الصحيح ، حتى يقع الحكم بالفسخ. وكذلك ، اختلف في القاضي هل ينعزل بمجرد فسقه ، او حتى يعزله الامام. وكذلك ، اختلف في المفلس اذا قسم ماله ، وحلف انه لم يكتم شيئا ، ووافقه الغرماء على ذلك ، هل ينفك الحجر عنه ، ويكون له التصرف فيما يكون بعد ذلك من المال ، من غير ان يزيل عنه الحـاكم حجر التفليس ؛ وهو اكثر نصوصهم واختيار اللخمي. او لا ينفك عنه إلّا بحكم ، وهو قول القاضيين عبد الوهاب(١) وأبي الحسن ابن القصار.(٢)

---

(١) هو ابو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي اخذ عن ابي بكر الابهري. وتفقه بكبار اصحابه ، كابن القصار و بن الجلاب وابي بكر الباقلاني وارتحل من بغداد الى

الفصل الرابع
فيما يحصل به الحكم

الحكم يحصل ؛ اما بقول او فعل او تقرير . اما القول فكقوله حكمت بصحة كذا واعماله ؛ او فساده وابطاله . وينبغي ان يتنبه ؛ الى ان الحكم يلزم ان يكون فيما تناوله الخصام والتداعي ؛ وإلا كان فتوى لا حكما . وهذا كأن يدعي الاستحقاق ابناء اخ في وقف سبّله واقفه على اولاده واولادهم ؛ والطبقة السفلى لا تشارك الطبقة العليا ؛ ثم مات الواقف عن ولدين ؛ مات بعده احدهما عن اولاده واخيه فنازعهم العم في استحقاقهم ؛ بدعوى ان كل فرد من افراد الطبقة العليا يحجب الطبقة السفلى عن الاستحقاق؛ فحكم القاضي المالكي باستحقاق اولاد الاخ مع العم ؛ وبأن الطبقة العليا انما تحجب فرعها لا فرع غيرها . فالمعتبر حكما ؛ هو استحقاق هؤلاء الاولاد مع عمهم . اما حكمه بأن الطبقة العليا انما تحجب فرعها لا فرع غيرها ؛ فخارج مخرج الفتوى ؛ لا يمنع حاكما ؛ يرى خلاف هذا المذهب ؛ ان يحكم ؛ فيما سيحدث ؛ في هذا الوقف من النزاع؛ بحرمان فرد من اهل الطبقة السفلى (من غير المحكوم لهم اولا) من الاستحقاق ، لوجود فرد من اهل الطبقة العليا ، وإن لم يكن اصلا للمحكوم

(بقية هامش صفحة ٢٤٠)

مصر فتولى القضاء بها له المؤلفات المفيدة الممتعة ، منها المعونة ، والاشراف ، والتلقين ، وشرح الرسالة ، والتلخيص في اصول الفقه مولده سنة ٣٦٣ وتوفي سنة ٤٢٢ او سنة ٤٢١ بمصر .

(٢) هو ابو الحسن علي بن احمد بن القصار البغدادي تفقه بالابهري . وكان اصوليا نظارا له كتاب كبير في مسائل الخلاف ، لا يعرف للمالكيين مثله . ولي قضاء بغداد وتوفي سنة ٣٩٨

بحرمانه ولا يصده عن الحكم ، حكم الاول بأن الطبقة العليا انما تحجب فرعها لا فرع غيرها لخروج هذا الحكم مخرج الفتوى وفتوى المفتي بشيء ، لا تمنع فتوى غيره بخلاف فتواه . ولا حكم غيره بخلاف ما يراه ومما يكشف عن هذه المسألة القناع ، ويولي الناظر مزيد الاقناع ، ان الغرض من الحكم ، انما هو سد باب الخصومات ، وحسم النزاعات ، ودرء الظلامات ، وتمكين اهل الحقوق من حقوقهم فيجب ان يقتصر فيه ، على ما يفي بهذا الغرض وقد حصل هذا الغرض بالحكم باستحقاق ابناء الاخوة مع العم اما ما زاد عليه ، فهو تبرع من الحاكم ، وبيان لمعتقده في معنى عبارة الواقف . فوزانها وزان المدرك . وقد علمت في الفصل الاول ، ان القرافي ذكر ان الحكم بمقتضى المدرك المختلف فيه ، ليس حكما بالمدرك ، وانما هو حكم بأثره . وأن الحكم بالمدرك ، غير متأتٍ وسيأتي ، ان شاء الله ، في الكلام على كون الحكم جزئيا او كليا ، ما يزيد هذه الجزئية ايضاحا .

واما الفعل . فانه لا يفيد الحكم بطريق المطابقة . وانما يفيده بطريق الألتزام ، اذا كان ذلك الفعل يتوقف على ابطال شيء وفسخه ، فيفيد الحكم بالابطال . وهذا كاقدام الحاكم على تزويج امرأة ، زوجت زواجاً يستحق الفسخ ، ولم يقع دخول في هذا التزوج . فان نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدم . وكذلك بيع الحاكم ملك المديان . فانه حكم بنقل الملك عنه ، وخروجه من يده . اذ لا شك في ان نقل الاملاك ، وفسخ العقود ، حكم .

واما التقرير فهو اضعف في الدلالة ، من القول والفعل ، لانه مجرد ترك وسكوت . وذلك قد يكون مع الانكار . ولهذا كان ترك رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، لتغيير بعض المنكرات ، بعد تقدم نهيه عنها لا يقتضي اباحة تلك المنكرات . وايضا ، فإن الحاكم قد يترك الواقعة ، علي ما فيها من الخلاف ،

ولا يتعرض لانشاء حكم فيها ، لان كلا القولين ، يجوز الاخذ به ، وهو طريق الى الله تعالى ؛ فلا ضرر في الاقرار عليهما ، بخلاف اقرار الرسول ؛ صلى الله عليه وسلم ، على الواقعة ، لا يكون إلّا مع اباحة الفعل ، او يكون تقدم من الانكار ، ما يكفي في الارشاد لحكم الله تعالى في تلك الواقعة .

ولكون تقرير الحاكم اضعف من تقرير الشارع ، لما ذكرناه ، اختلف المالكية في تقرير الحاكم الواقعة ، اذا رفعت اليه ، على قولين ، فقال ابن القاسم: هو حكم ، اعتبارا بأصل دلالة التقرير ، وظاهر حال الحكم ، وقال عبد الملك ابن الماجشون ليس حكماً ، ويجوز لحاكم اخر نقضه ، نظراً لضعف الدلالة ، وهذا كما اذا زوجت امرأة نفسها ، بغير إذن وليها ، ورفع ذلك الى قاض يراه جائزا ، فأقره وأجازه ، ثم عزل ، قال ابن القاسم ليس لغيره فسخه ، واقراره عليه كالحكم به ، واختاره ابن محرز ، وهو ظاهر المدونة ، ودرج عليه المختصر الخليلي حيث قال « ونقل ملك ، وفسخ عقد ، وتقرر نكاح بلا ولي ، حكم ، » وقال عبد الملك ليس بحكم ، ولغيره فسخه ، ومثل ذلك المخيّرة ، تختار طلقة واحدة ، ثم تتزوج بمفارقها قبل زوج ، فيرفع امرها الى حاكم يرى التخيير بطلقة ، فيقر ذلك النكاح ، فليس لغيره فسخ ذلك النكاح على ما لابن القاسم ، اما على مذهب ابن الماجشون ، فلغيره فسخ العقد ؛ وجعل الطلاق الاول ثلاثا ، ومثله اذا علّق الطلاق او العتاق ، على الملك او التزويج او تزوج وهو مُحرِم ، فرفع ذلك الى حاكم ، فأقر النكاح على حاله ، وأقر المملوك رقيقا ، وأجاز نكاح المُحرم وأقره ، ثم رفع الى غيره ، فليس للغير نقض ذلك ؛ على ما لابن القاسم ؛ وله الحكم بما يرى ؛ على ما لابن الماجشون ، أما إذا لم يكن من الحاكم تقرير ؛ وكان مذهبه فسخ ذلك العقد ؛ إلّا انه لم يحكم بالفسخ ؛ وانما قال « لا أجيزه » او سكت ؛ فإن ذلك ليس بحكم ؛ اتفاقا ، وهذا كما اذا رفع اليه

نكاح امرأة بغير اذن وليها : فقال « لا اجيز النكاح بغير ولي » من غير ان يحكم بفسخه، فهذه فتوى ؛ ولغيره من الحكام ؛ الحكم في تلك الواقعة بما يراه، وكذلك إذا ادعى على شخص بمال وأقام شاهداً ؛ فقال الحاكم « لا أجيز الشاهد واليمين » فهو فتوى ؛ اتفاقاً، وكذا لو أقام شاهداً على القتل ، فرفع لمن لا يرى القسامة ، فلم يحكم بها، فلغيره الحكم ، لان سكوت الاول عن الحكم ، ليس بحكم،

هذا. وما صورنا به التقرير من انه السكوت، وترك الحكم، وعدم التعرض، هو ما للقرافي في الاحكام، وتبعه ابن فرحون في تبصرته. ونقله المشدالي عن بعضهم. وقال المحقق القاضي اسماعيل التميمي الشريف : ما ذهب اليه القرافي غير سديد ولا مستقيم. لان المراد. ترك الواقعة على ما كانت عليه، بأن لم يحدث فيها الحاكم ما يغيرها. وهكذا ذكر المسألة : الشيخ في النوادر واللخمي وابن رشد وابن عرفة فأما الشيخ: فقال عن ابن الماجشون ، بعد ان ذكر ما يفسخ من الاحكام ، وما يقرّ: ما نصه وهذا فيما يأخذه الحاكم من هذا ، ويعطيه لهذا فأما ما هو ترك لما فعل الفاعل ، أو امساك ان يحكم عليه بغيره ، مثل ما مر من الاختلاف ، في الطلاق قبل النكاح ، والعتق قبل الملك ، ونكاح المُحرم ، والحكم بالقسامة، وطلاق المخيَّرة ، فيما قيل انها واحدة بائنة ، فلو خَيَّرَها ، فأختارت نفسها ، ثم تزوجت قبل زوج فرفع الى حاكم يرى ذلك ، فأقره ، ولم يفرق بينهما؛ ثم رفع لمن بعده ، فلهذا ان يفسخ نكاحها ، ويجعلها البتة ، وليس اقرار الاول اياه ؛ حكما منه ، وان أشهد على ذلك ، وكتب ، ثم ذكر في الطلاق قبل النكاح، وما بعده من المسائل انه اذا قررها حاكم ، فلمن بعده ان يحكم فيها بما يراه ثم قال وقال لي مطرف مثل قول ابن الماجشون ، من اول هذا القول، وقال انه قول مالك ، وقاله أصبغ، اهـ، ولم يحك عن ابن حبيب ، انه تعقب

شيئا من ذلك، فلذلك عزاه ابن رشد له ، فقال في البيان اختلف في الحكم بترك الامر وتجويزه هل هو كالحكم ؛ فذكر مذهب ابن القاسم ومذهب ابن الماجشون هذا ، إلّا انه عزاه لابن حبيب ، وظاهر هذا الكلام ، ان الحاكم حكم بترك الامر ، وتقريره على حاله، وهو صريح قول ابن الماجشون « ولو أشهد على ذلك ، وكتب » فمدار هذا الاختلاف ، هو أنه : هل من شرط الحكم ؛ ان يكون متعلقه تغيير امر عن حاله ، أو لا الاول لابن الماجشون ، والثاني لابن القاسم ، وهكذا أورد المسألة شيخ المحققين الامام ابن عرفة ، اذ قال بعد ان عرّف الحكم ، بأنه جزم القاضي بحكم شرعي ، على وجه الامر به ، ما نصه وفي شرط متعلقه ، تغيير أمر عن حاله ، أو لا قولا ابن الماجشون وابن القاسم ، اللخمي ما هو ترك لما فعل ؛ وامساك عن الحكم لغير الفاعل ، كالحنث بالطلاق قبل النكاح ، والعتق قبل الملك ، ونكاح المحرِم ، والحكم بالقسامة ، فحكم حاكم بامضاء النكاح ، واستمرار الرق، ثم رفع لمن يرى خلاف ذلك ، فليحكم به ، ولا يمنع من ذلك ترك الاول قاله ابن الماجشون ، ورأى ان الترك ليس بحكم ، وقال ابن القاسم في كتاب النكاح : ذلك حكم ، وفسخه الثاني خطأ ، وهو احسن، اه، وهو صريح فيما قررناه ، وقول اللخمي « فحكم حاكم بامضاء » الخ. بيّنٌ غايةً فيما اسلفناه ،



الفصل الخامس

في تصرفات الحكام التي ليست حكما ، ولغيرهم من الحكام تغييرها والنظر فيها

ذكر القرافي في الاحكام ، في جواب السؤال السادس والثلاثين ، عشرين نوعا من التصرفات التي ليست احكاماً، تقتصر منها على ثلاثة عشر ، لان ما زاد عليها ، من متعلقات الايمة والولاة ، لا من تصرفات القضاة ،

النوع الاول : العقود، كعقد البيع والشراء والاجارة في اموال المحجورين والغائبين، وكعقد النكاح على من بلغ من الايتام ، فجميع ذلك ليس حكماً ، إلّا ان يتوقف على ابطال تصرفات متقدمة على هذه التصرفات الواقعة من الحاكم الآن ، كتزويجها بعد ان تزوجت من غير هذا الزوج ، والحاكم يعلم ذلك، وبيع العين من رجل ، بعد ان بيعت من رجل ءاخر ، والحاكم يعلم ذلك، فان العقود الاخيرة ، تقتضي فسخ تلك العقود السابقة ظاهراً ،

النوع الثاني : اثبات الصفات ، نحو ثبوت العدالة عند حاكم ، او الجرح ، او أهلية الامام للصلاة ؛ او اهلية الام للحضانة ، او أهلية الوصية . ونحو ذلك ، فجميع اثبات الصفات ليس حكماً ، ولغيره ان لا يقبل من قبله الاول ، وأن يقبل من رده الاول ، لثبوت السبب القاضي بذلك عنده ،

النوع الثالث : ثبوت اسباب المطالبات ، نحو ثبوت مقدار قيمة المتلَف في المتلَفات؛ واثبات الدين على الغرماء ، واثبات النفقات للاقارب والزوجات ، واثبات اجرة المثل في منافع الاعيان ، ونحوه ، فاثبات هذه الاسباب ليس حكماً ، ولغيره من الحكام ان يغير مقدار تلك الاجرة ، وتلك النفقة ، وغيرها من الاسباب المقتضية للمطالبة.

النوع الرابع ؛ اثبات الحجاج الموجبة لثبوت الاسباب الموجبة للاستحقاق ، نحو كون الحاكم ثبت عنده التحليف ممن يتعين عليه الحلف ، وثبوت اقامة البينات ممن اقامها ، وثبوت الاقرارات من الخصوم ، ونحو ذلك . فان هذه الحجج توجب ثبوت اسباب موجبة لاستحقاق مسبباتها ، ولا يلزم من كون الحاكم اثبتها ، ان يكون حكمَ ، بل لغيره ان ينظر في ذلك ويبطله ، إذا اطلع فيها على خلل ، ولا يكون ذلك الاثبات السابق ، مانعا من تعقب الخلل في تلك الحجج .

النوع الخامس . اثبات اسباب الاحكام الشرعية نحو رؤية الهلال في رمضان وشوال وذي الحجة ؛ مما يترتب عليه وجوب الصوم او الفطر او فعل النسك ، واثبات اوقات الصلوات . فجميع اثبات ذلك ليس بحكم ، بل هو كاثبات الصفات .

النوع السادس ، الفتاوى في الاحكام . اي الوجوب والندب والكراهة والتحريم والاباحة ، في العبادات وغيرها ، من تحريم الابضاع ، واباحة الانتفاع ، وطهارة المياه ، ونجاسة الاعيان ، ووجوب الجهاد ، وغيره من الواجبات فجميع ذلك ليس بحكم ، بل لمن لا يعتقد ذلك ، ان يفتي بخلاف ما افتى به الحاكم والامام الاعظم وكذلك اذا امروا بمعروف ، او نهوا عن منكر ، فلمن لا يعتقد ذلك ان لا يفعل مثل فعلهم ، إلّا ان يدعوه الامام للانكار ، وتكون مخالفته شقاقا ، فتجب الطاعة لذلك ، واما الحاكم فلا يساعد ، على ما نعتقد نحن ، خلاف ما هو عليه ، إلّا ان يخشى فتنة ينهى الشرع عنها .

النوع السابع ، تنفيذات الاحكام الصادرة عن الحكام ، فيما تقدم الحكم فيه من غير المنفذ ، بأن يقول « ثبت عند فلان من الحكام كذا وكذا » ومثله إذا قال « ثبت عندي ان فلانا حكم بكذا » . فليس ذلك حكما من المنفذ ، ولا من المثبت .

النوع الثامن ؛ تصرفات الحكام ، بتعاطي اسباب الاستخلاص ، ووصول الحقوق الى مستحقيها ، من السجن ، والاطلاق وأخذ الكفلاء الاملياء وأخذ

الرهون لذوي ا أمو ـ ، وتقدير مدة السجن بالشهور. وغيرها. فهذه الت رفات؛ كيفما تقلت ، ليست حكما لازما ، ولغير الاول من الحكام ، تغيير ذلك وابطاله بالطرق الشرعية ، على ما تقتضيه المصلحة .

النوع التاسع ؛ التصرف في انواع الحجاج ، بأن يقول « لا أسمع البينة ، لانك حلفت قبلها ، مع قدرتك على احضارها » أو « لا احكم بالشاهد واليمين» أو « لا ارد اليمين على المدعي » أو « لا أحلّف المدعى عليه ، لانها يمين تهمة ، ومذهبي انها لا تحلف » فهذا كله ليس حكما شرعيا ، ولغيره من الحكام ، ان يفعل ما تركه .

النوع العاشر من التصرفات تولية الحكام ، النواب عنهم في الاحكام ، ونصب الكتّاب والقسّام والمترجمين والمقومين ، واقامة الحجّاب والوَزَعة ، ونصب الامناء (١) في اموال الغائبين والمجانين ، واقامة من يتّجر في اموال الايتام ، او يعمر العقار او يجبي ريعه ، فكل ذلك ليس بحكم ، ولغيره من الحكام نقض ذلك ، وابداله بالطرق الشرعية ، لا بمجرد التشهي والهوى

النوع الحادي عشر ، اثبات الصفات الموجبة التمكن من التصرف في الاموال ، كالرشد ، او المزيلة للمكنة من التصرف فيها ، كالسفه ، فليس ذلك حكم يتعذر نقضه ، ولغيره ان ينظر في تلك الاسباب ، ومتى تحقق ضد ما تحقق عند الاول ، نقض الاول ، وحكم بضده .

النوع الثاني عشر ؛ تعيين احدى الخصال ، في الحرابة ، لعقوبة المحاربين ، ليس حكماً شرعياً ، فاذا رفع الى غيره ممن يرى التخيير ، ورأى ان المصلحة في غير ما عينه الاول كان له تغيير ما عينه الاول ، وتعيين خصلة اخرى ،

---

(١) هم المقدمون . فالمقدم مولّىً من قبل القاضي والتقديم ولاية لا فرق بين ان يكون على محجور ، او على وقف . وليس التقديم من وادي الاحكام ، كما يتوهمه بعض الضعفاء . نعم الترشيد والتحجير حكمان ، اما نصب المقدم فمن قبيل الولاية

النوع الثالث عشر : تعيين مقدار من التعزير . ليس حكماً شرعياً . فاذا لم يقع التنفيذ ورفع الى غيره . فرأى خلافه . فله ان يبطل المعين : ويعين غيره . اذ ليس الاول حكما شرعيا . بل اجتهاد في سبب ، هو الجناية . فاذا ظهر للثاني انها لا تقتضي ذلك فله الحكم بما يراه .

الفصل السادس

في بيان المواضع التي يكون الحكم فيها جزئيا والمواضع التي يكون فيها كليا

لما كان الغرض من الحكم، رفع النزاع الواقع بين المتداعيين ، وانصاف احدهما من الآخر ، لزم ان يختص بهما . ولا يتجاوزهما . وأن يتعلق بالقضية الواقعة ، لا بنظيرتها ، وهذا معنى كون الحكم جزئيا ، لاكليا . ولم يخرج عن جزئية الحكم . إلّا ثلاثة مواضع ، كان الحكم فيها كليا ؛ لتتحقق فائدة الحكم ، وتتحصّل ثمرته ، وهي الحكم بالتصفيق ، على المذهب المالكي ، والحكم بالصحة . والحكم بالفساد ، فالحكم بالتصفيق ، كأن يطلب احد المتشاركين في عقار ، غير قابل للقسمة ، من شركائه . المتحدين معه في المدخل ؛ تصفيق العقار ، لعدم قبوله للقسمة ، ويجيبه احد الشركاء ؛ دون بقيتهم بالامتناع من تصفيق جميعه . ولا يحضر بقية الشركاء فيحكم القاضي المالكي بتصفيق جميعه ، فالحكم يعم المرافع وغيره ، والحكم بصحة العقد ، كالحكم بصحة الحبس الخالي من الحيازة ، على المذهب الحنفي ، والحكم بصحة الهبة في المشاع على المذهب المالكي . وبصحة الوصية للمعدوم ؛ على المذهب المالكي ايضا ، فاذا قام في الحبس الخالي من الحيازة ؛

احد الورثة ؛ على مقدم الوقف ؛ او احد الموقوف عليهم لدى القاضي ؛ طالبا تمكينه من منابه ارثا ؛ في ذلك الوقف؛ والحكم بفساد الوقفية؛ لخلوه من الحوز؛ وأجابه ناظر الوقف ؛ أو احد الموقوف عليهم بأنه وقف صحيح ؛ ليس للوارث حق فيه بطريق الارث ؛ فأصدر الحاكم ؛ بعد استيفاء الموجبات ؛ حكمه بصحة الوقف ؛ اذا كان حنفيا ؛ أو بفساده ؛ (١) اذا كان مالكيا فان الحكم يعم جميع أهل الوقف ؛ المجيب منهم وغيره ؛ وليس لحاكم ءاخر ان يحكم بضد ما حكم به القاضي الاول ؛ في ذلك الوقف ؛ اذا تجدد النزاع فيه بين ءاخرين لان حكم الحاكم يرفع الخلاف . وقد نظم هذا الفقه ؛ القاضي التونسي الشيخ محمد السنوسي ؛ المتوفى سنة ١٢٠٥ في نظمه المسمى بلقط الدرر ؛ فقال في مبحث الوقف

والحكم بالصحة في الوقف انسحب ۞ وهو في الاستحقاق ليس ينسحب
فان على حرمان زيد اصدرا ۞ فما على ابنه يرى معتبرا

وقال في مبحث القضاء

والحكم بين اثنين من قاض جرى ۞ عليهما بالحكم منه اقتصرا
مثل استحقاق الوقف والقرد وما ۞ يعرو ولا يجري على غيرهما
لان حكم القاضي جزئي كما ۞ نص على ذاك الثقات العلما
اما اذا بصحة الوقف حكم ۞ أو بفساده فحكمه يعم
فكل أهل الوقف فيه من حضر ۞ وغائب عليهم الحكم استمر

وينبغي ان يتنبه الى ان المراد بالعموم في الصحة ؛ عموم الاشخاص ؛ لا عموم

---

(١) الحكم بفساد الوقف الخالي من الحيازة ، يتوقف ، في الايالة التونسية ، على اذن من الامير ، للقاضي المالكي بأن يحكم في هذا الوقف بمشهور مذهبه ، لوقوع التحجير من عهد قديم ، على القضاة المالكية ، في الحكم بفساد الاحباس لخلوها من الحيازة ، الا باذن وابتدأ هذا التحجير من اثناء القرن الثاني عشر ، وما زال الى اليوم

الاحوال لان حكم القاضي بالصحة ؛ انما يتسلط على الجهة التي ادُّعيَ تسرب الفساد منها، اي انه صحيح من هذه الناحية . وهي التي وقع الترافع فيها ، ولا يتناول الاحوال التي لم يقع الخوض فيها ، ولا التعرض لها، فالحكم بصحة هبة المشاع، المتنازع في صحتها من حيث الشيوع ، انما هو من حيث الشيوع، اي ان الشيوع غير مخل بصحتها، والحكم بصحة الوقف الخالي من الحيازة ، المتنازع في صحته من هذه الجهة انما هو من حيث ان خلو الوقف عن الحوز ، لا يخل بالصحة. فلا ينقض الحكم بالصحة من الجهة التي وقع التنازع فيها، اما لو وقع الترافع، بعد الحكم الاول ، في الصحة والفساد من نواح اخرى . ككون الواهب ، او الواقف . محجورا عليه ، فان الحكم الاول بالصحة ، لا يسلط على هذه الجهة ، ولا يصد الحاكم عن الحكم بفساد هذا العقد، لثبوت الحجر ، ولا يكون هذا الحكم ناقضا للحكم الاول ، لاختلاف الجهة، فليتنبه الي ذلك ، فانه من مداحض الاقدام، ومزالق الانظار .

وفي غير هذه المواضع الثلاثة ، لا يكون الحكم إلّا جزئيا، قال في المختصر « ولم يتعد لمماثل ، بل ان تجدد فالاجتهاد . كفسخ برضاع كبير ، وتأبيد منكوحة عدة، وهي كغيرها في المستقبل » اهـ، قال الشيخ حلولو في شرح هذه العبارة: يعني ان الحكم بالاجتهاد . لايكون كليا بل هو جزئي ، لا يتعدى الصورة التي هي محل الحكم، وبيان ان حكم القاضي لا يتعلق إلّا بالجزئيات ، هو أن معظم نظره . إنما هو فيما يحتاج فيه الى البينات ، والبينة انما تشهد بما رأته وشافهته ، وذلك جزئي، فاذا فسخ نكاحا بين زوجين ، بسبب ان احدهما رضع امر الآخر ، وهو كبير ، فالفسخ ثابت لا ينقضه احد، ولكنه إن تزوجها بعد ذلك ، فرفع امرهما اليه . او الى غيره ممن ولي بعده، لم يمنعه ذلك من الاجتهاد فيها. فان اداه اجتهاده الي ان رضاع الكبير لا ينشر الحرمة ، اقره على

ذلك ولم يفسخه. وهكذا من تزوج امرأة في عدتها . ورفع الى مالكي يرى مع الفسخ تأبيد الحرمة . فإن حكمه لا يتعدى الفسخ ، واما تحريمها في المستقبل. فلم يتعلق به الحكم. والواقعة بالنسبة للاجتهاد كغيرها. اه. وقال ابن فرحون في تبصرته صفحة ٧١ من الجزء الاول ، نقلا عن القرافي أعلم ؛ ان القاضي اذا حكم بفسخ نكاح او بيع ، او اجارة . وشبه ذلك ، لموجب من موجبات الفسخ وذلك في مسألة مختلف فيها . ومثار الخلاف فيها اجتهادي . ليس فيها نص جلي يمنع من الاجتهاد . فان حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ ، واما ما يتبع ذلك من الاحكام والعوارض ، فذلك القاضي بالنسبة اليها كالمفتي. وكذلك لو حدثت قضية اخرى ، مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ ، في ولاية ذلك القاضي ، ولم ترفع اليه ، او رفعت اليه ، ولم ينظر فيها حتى عزل او مات . فانها تحتاج الى انشاء نظر ءاخر من القاضي الاول، او من القاضي الثاني، ولا يكون حكم القاضي الاول متناولا إلا لما باشره بالحكم . وسبب ذلك ، ان حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات ، دون الكليات ؛ لان معظم ما ينظر القاضي فيه ، يحتاج الى بينة . والبينة انما تشهد بما رأته او شافهته . وذلك امر جزئي. وهذا هو غالب ما تشهد به البينة ويحكم القضاة به. اذا ثبت ما قررناه ، فإن القاضي اذا فسخ نكاحا بين زوجين، بسبب ان احدهما رضع ام الآخر وهو كبير . فالفسخ ثابت لاينقضه احد ، ولكنه ان تزوجها بعد ذلك ، فرفع امرهما الى غيره ، ممن ولي بعده ، لم يمنعه ذلك الفسخ ، ان يجتهد ويبيحها له . ان اداه اجتهاده الى ان رضاع الكبير لا ينشر الحرمة. وكذا لو رفع اليه نفسه ، وتغير اجتهاده . فله ان يبيحها له وكذا من تزوج امرأة في عدتها . ورفع ذلك الى قاض مالكي فإنه يري مع الفسخ تأبيد التحريم ، ومع هذا فإن حكمه لا يتعدي الفسخ. فاذا تزوجها بعد ذلك ، ورفع امرها الى قاض ءاخر ، لا يري

تأبيد التحريم ، لم يكن القضاء الاول مانعاً من أن يبيحها له . ويكون الحكم في حق المرأتين : في هذا الفرع والذي قبله ؛ حكم امرأتين لم يتقدم عليهما حكم.

﴿ فرع ﴾ وكذلك : لو جمع رجل ، في عقد النكاح ، بين النكاح والبيع ، او بين النكاح والاجارة ، ورفع ذلك الى قاض مالكي ، فحكم بالفسخ ، على مشهور المذهب لرأي رءاه؛ أو لتقليده ابن القاسم في ذلك؛ ثم تزوج ذلك الرجل، تلك المرأة بعينها ، على ذلك الوجه الفاسد ؛ الذي حكم القاضي بفسخه بينهما ؛ فرفع امرهما الى القاضي الاول ؛ أو الى قاض غيره ؛ فإن حكم القاضي الاول ؛ لا يتناول فساد هذا العقد الثاني ، بل اذا أدى نظر القاضي الثاني ، الى خلاف ما أدى اليه اجتهاد الاول ، من امضاء النكاح أو البيع ، مطلقا ؛ أو بشرط أن يبقى للبضع ربع دينار ؛ امضاه ، اهـ ، وظاهر قول القرافي « حكمه لا يتعدى الفسخ » ان للحاكم الثاني ، أن يحكم بصحة العقد المجدد ؛ سواء كان الاول حكم بالفسخ فقط ، أو حكم بالفسخ وتأبيد التحريم ، وهو ظاهر كلام الجواهر ؛ ونصها على نقل المواق (١) قال في الجواهر ان كان حكم الاول باجتهاد فيما طريقه التحريم والتحليل ؛ ليس نقل ملك من احد الخصمين الى الآخر ؛ ولا فصل حكومة بينهما ؛ ولا اثبات عقد بينهما ؛ ولا فسخه ، مثل ان يرفع الى قاض رضاع كبير فيحكم بأن رضاع الكبير يُحَرِّمُ ويفسخ النكاح من أجله؛ فالقدر الذي ثبت من حكمه ؛ هو فسخ النكاح فحسب وأما تحريمها عليه في المستقبل ؛ فإنه لا يثبت بحكمه ؛ بل يبقى ذلك معرضا للاجتهاد فيه ، وكذلك لو رفع اليه حال امرأة؛ نكحت في عدتها ؛ ففسخ نكاحها ؛ وحرمها على زوجها؛

---

(١) هو محمد بن يوسف بن ابي القاسم العبدري ؛ شهر بالمّواق ؛ الاندلسي الغرناطي له كتاب سنن المهتدين في مقامات الدين ؛ وشرح على مختصر خليل ، نحا فيه طريقا انفرد به ، وهو الاقتصار على عزو مسائله ؛ ونقل فقهه من اصول المذهب ، بما يوافقه او يخالفه ؛ من غير تعرض لالفاظه ؛ بلغ الغاية في الجودة وتحرير النقول . توفي في شعبان سنة ٨٩٧

لكان القدر الذي ثبت من حكمه ؛ فسخ النكاح فحسب ؛ واما تحريمها عليه في المستقبل ، فمعرض للاجتهاد. ومن هذا الوجه ، ان يحكم بنجاسة ماء او طعام او شراب ، او تحريم بيع او نكاح او اجارة. فانه لا يثبت حكم في ذلك الجنس من العقود ، ولا البياعات ، على التأبيد . وانما له ان يغير من ذلك ما شاهده ، وما حدث بعد ذلك فإنه معرض لمن يأتي من الحكام والفقهاء اه. وهو ظاهر قول خليل ايضا « بل ان تجدد فالاجتهاد ، كفسخ برضاع كبير ، وتأبيد منكوحة عدة وهي كغيرها في المستقبل » اه. وجعل معظم شراحه ، محل ذلك ، اذا حكم الحاكم بمجرد الفسخ ، ولم يحكم بتأبيد التحريم ، اما اذا حكم بهما معا ، فليس لحاكم ءاخر ، الحكم بصحة العقد الثاني لافضائه الى نقض القضاء الاول.

وقد نزل سنة ١٣١٨ ان تزوجت امرأة قبل انقضاء عدتها. فحكم القاضي المالكي بفسخ النكاح ، وتأبيد التحريم وبعد الاستبراء ، عقد الزوج ، المحكوم بفسخ نكاحه ، عقدا جديدا عليها على مقتضى المذهب الحنفي ورأى اهل الشورى المالكية ، ان الحكم الاول مانع من تجديد العقد عليها ، ويمنع القاضي الحنفي من الحكم بصحة هذا النكاح ، بناء على ما قيد به غالب شراح المختصر كلامه. وبلغ ذلك الوالد الشيخ يوسف جعيط . (١) رحمه الله ، فراجع في ذلك العلامتين الشيخ عمر بن الشيخ ؛ (٢) احد شيوخ الفتوى المعروف بدقة النظر

---

(٢) هو ابو المحاسن يوسف بن احمد بن عثمان ابن قاسم جعيط ؛ القيرواني الاصل ، التونسي الدار كان معدودا من علماء عصره . يشهد له معاصروه بحدّة النظر ، واصالة الرأي ؛ وسعة الاطلاع تصدّى للتدريس اولا ، ثم دخل في سلك كتابة الدولة ، وهي معدودة في عصره من الخطط العلمية ، كما هو شأنها في الاندلس والمغرب . وتدرّج في مراتبها ، الى ان بلغ الوزارة الكبرى ، ومات عليها ولم تقطعه هذه الوظائف ؛ عن المطالعة العلمية ، ومراجعة شيوخه ومعاصريه ، في كثير من المواضيع العلمية . مولده سنة ١٢٤٧ وتوفي سنة ١٣٣٣

(٢) هو ابو حفص عمر بن الشيخ احمد ، المعروف بابن الشيخ ، من بلد رأس الجبل . احد

وجودة الفهم في تحقيق المناط ؛ المتوفى سنة ١٣٢٩ والشيخ محمد النجار الشريف :(١) احد اساطين الفتوى ؛ المعروف بسعة العلم ؛ وغزارة الحفظ ، وكثرة الاطلاع المتوفى سنة ١٣٣٠ - وألف في الغرض رسالة ، كانت سببا في رجوعهما الى ما رءاه ، رحم الله جميعهم ، ورزقهم رضوانه، وها انا ذا اورد رسالة الوالد لاختصارها ، ورشاقة ابحاثها وغزارة فوائدها ، واعانتها على تحقيق مباحث ستأتي في الفصول الآتية، وهذا نصها

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله الذي اوضح للحق سبيلا ، والصلاة والسلام على نبيه محمد وصحبه وتابعيه القائمين بنصرة دينه جيلا فجيلا، وبعد فهذه تقريرات جمعتها ، وتحريرات أثبتها ، تتعلق بمسألة رفع الخلاف بحكم الحاكم ، وما أنبنى عليها من الفتاوى ، في نحو مسألة المتزوجة في العدة . اذا حكم الحاكم بفسخ النكاح ، وتحريمها على من تزوج بها ، تحريما مؤبدا، هل اذا عقد عليها الزوج المذكور ، عقداً ثانياً ، ورفع ذلك لحاكم لا يرى تأبيد التحريم ان يحكم بصحة العقد الثاني ؛ ولا يكون ذلك نقضاً لحكم الحاكم الاول. أو لا يجوز ان يحكم بصحة العقد الثاني؛ لانه نقض لقضاء القاضي الاول؛ الحاكم بتأبيد التحريم وظاهر المختصر الخليلي على الاول ؛ ومعظم شراحه على الثاني فأقول يلزم ، قبل الخوض في تحرير هذه المسألة ؛ تقديم مقدمتين.

احد الراسخين في العلم ، وشيخ العلماء بتونس تقلب في وظائف علمية وادارية ، فزانها بعلمه واستقامته ، وحدة نظره مولده في حدود سنة ١٢٣٧ وتوفي سنة ١٣٢٩

(١) هو محمد بن عثمان النجار الشريف ، القيرواني الاصل ، التونسي الدار امتاز عن علماء عصره بسعة الاطلاع ، وقوة الحفظ ، والشغف بالمطالعة له رسائل ، وكتابات على احاديث كثيرة من صحيح البخاري ، يكتبها في كل رمضان على كتابتين ، ويلقي احداهما في جامع حرمل ، وثانيتهما في ضريح الولي الصالح سيدي احمد بن عروس ويحضرها علماء عصره ، والتلاميذ وله فتاوى كثيرة . مولده سنة ١٢٥٠ وتوفي سنة ١٣٣١

الاولى ؛ ان التحليل والتحريم ؛ معلـوم انهما احكام شرعيـة محضة ، ليس للعبد ان يحلل ؛ أو يحرم شيئاً على العباد، وانما المحلل والمحرم هو الله تعالى، وهو المنشيء لذلك ، قال ابن شاس في الجواهر انما القضاء اظهار لحكم الشرع ؛ لا اختراع له، اهـ، وهو انشاء الزام أو أطلاق ؛ يترتب على مقتضى تلك الاحكام الشرعية لا انشاء تحريم او تحليل وإلّا كان تحصيلا للحاصل.
وقال القرافي ، في الاحكام ، في الفرق بين الفتـاوى والاحكام ما محصلـه في الفرق بين المجتهد في الفتوى والحكم : انه في الفتوى ؛ يخبر عن مقتضى الدليل الراجح عنده فهو كالمترجم عن الله تعـالى ، فيما وجده في الادلة كترجمان الحاكم ، يخبر الناس بما يجده في كلام الحاكم ، او خطه وهو في الحكم ، ينشيء الزاما او اطلاقا للمحكوم عليه ، بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح ، والسبب الواقع ، في تلك القضية فهو اذا اخبر الناس ، اخبرهم عما حكم به هو لان الله تعالى فوض له ذلك ، بما ورثه عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، مما في قوله « وأن احكم بينهم بما انزل الله » واذا اخبر الناس في الفتيا اخبرهم عن حكم الله تعالى ، الذي فهمه عن الله في ادلة الشرع فهو في مقـام الحكم ، كنائب الحـاكم ، يحكم بنفسه ، وينشيء الالزام والاطلاق ، بحسب ما يقع له من الاسباب والحجاج. لان مستنيبه جعل له ذلك بخلاف الترجمان الذي جعل متبعـا لا منشئا

المقدمة الثانية ، ان القضاء شرع لقطع النزاع والخصومات بين العباد وهو انما يتعلق بالجزئيات ، لا بالكليات قال في التوضيح ان الحكم بالاجتهاد ، لا يكون كليا ، بل هو جزئي ، لا يتعدى الصورة التي هي محل حكمه. وذلك ان حكم القاضي لا يتعلق إلّا بالجزئيات لان معظم ما ينظر فيه القاضي ، يحتـاج فيه الى بينة، والبينة انما تشهد بما رأته وشاهدته، وذلك جزئي، وقال الامام

ابن عرفة في مختصره : ولما كان حكم الحاكم انما يتعلق بجزئي ، لم يكن حكم حاكم ثان ، بنقيض حكم الاول في جزئي ءاخر تقضاً لحكمه ، ولهذا قال المازري كان الصديق رضي الله تعالى عنه ، يسوي في العطاء من الفيء بين الشريف والمشروف ، فلما ولي عمر ، فاضل بين الناس ، فلما ولي علي سوى بينهم فلم يكن اختلافهم تقضا لقضاء بعضهم بعضا ، اهـ ، اذا تمهد هذا فاعلم ؛ ان ظاهر ما ذهب اليه ابن شاس في الجواهر ، تبعا لابن محرز ؛ ان الحاكم اذا حكم بتأبيد تحريم المتزوجة في العدة على المتزوج بها ؛ وفسخ النكاح بينهما ؛ انه اذا تجدد العقد عليها من ذلك الزوج ؛ ان للحاكم الثاني ان يحكم بصحته ، ولا يكون ذلك تقضا لقضاء القاضي الاول ، ونص عبارته في الجواهر وان حكم بالاجتهاد فيما طريقه التحريم والتحليل ، وليس بنقل ملك من احد الخصمين الى الآخر ؛ ولا فصل خصومة بينهما ؛ ولا اثبات عقد ؛ وفسخه ، مثل رضاع كبير ، فيحكم بانه رضاع محرم ؛ ويفسخ النكاح لاجله ، فالفسخ حكم ، والتحريم في المستقبل ؛ لا يثبت بحكمه ؛ بل يبقى ذلك معرضا للاجتهاد فيه وكذلك لو رفع اليه حال امرأة انكحت في عدتها ؛ ففسخ نكاحها ؛ وحرمها على زوجها ؛ لكان القدر الذي يثبت من حكمه ؛ فسخ النكاح فحسب ؛ وأما تحريمها عليه في المستقبل ؛ فمعرض للاجتهاد ، ومن هذا الوجه ؛ ان يحكم بنجاسة طعام او شراب ؛ او تحريم بيع او نكاح او اجارة ، فانه لا يثبت حكم في ذلك الجنس من العقود ؛ ولا البياعات على التأبيد ، وإنما له ان يغير من ذلك ما شاهده ، وما حدث بعد ذلك فانه معرض لمن يأتي من الحكام والفقهاء ، اهـ ، فأنت تراه كالصريح ، في ان حكم الحاكم بالتحريم ؛ فتوى منه ؛ لا حكم ، لقوله ؛ انه لا يثبت بحكمه بل يبقى ذلك معرضا للاجتهاد فيه ؛ وان الذي هو حكمه ؛ هو الفسخ فقط ، وذلك لما بيناه لك سابقا ؛ من ان التحليل والتحريم

احكام شرعية محضة، والله تعالى هو المنشيء لها لا غير . والقضاء اظهار لحكم الشرع ؛ لا اختراع له . وان حكم الحاكم لا يتجاوز غير انشاء الالزام او الاطلاق للمحكوم عليه ؛ بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح . والسبب الواقع في تلك القضية ؛ من الحكم الشرعي فالحكم الشرعي بنشر الحرمة - مثلا - برضاع الكبير ؛ الذي اعتقده الحاكم؛ بسبب حكمه بفسخ النكاح؛ ماهو حكمه، بل هو حكم الله تعالى في اعتقاده ، على مقتضى ما اداه اليه اجتهاده. والسبب غير المسبب. واذا كان متعلق حكمه الفسخ لا غيره ، فهو العقد الذي وقع النزاع فيه . فاذا تجدد عقد اخر ، فهو غير العقد الذي تعلق به الحكم . بل هو مثله . فيجري فيه الاجتهاد . ولا يكون ذلك نقضاً للقضاء الاول . اذ حكم المجتهد في جزئي معين ، لا يتعدى لمماثل يحدث . لان الحكم جزئي لا كلي . فلا يكون حكمه في الاول ، حكماً للمماثل ، رافعاً للخلاف فيه ايضاً . فإن قلت قد وضح الحق لذي عينين فما مستند معظم شراح الشيخ خليل فيما ذهبوا اليه من ان الحاكم اذا حكم بتأبيد تحريم المتزوجة في العدة على من تزوج بها ، فليس لقاض اخر اذ تجدد العقد عليها من ذلك الزوج ان يحكم بصحته ، لانه نقض لما حكم به الحاكم الاول . قلت مستندهم في ذلك ، ما ذكره الامام ابن عرفة في مختصره الفقهي ، بحثاً مع ابن شاس . وتابعه عليه الشيخ الحطاب في شرح المختصر الخليلي . ونص ما ذكره الامام ابن عرفة ابن شاس ان رفع لقاض رضاع كبير، فحكم بأن رضاع الكبير يُحَرِّمُ ، وفسخ نكاحه لذلك ؛ فالقدر الذي يثبت من حكمه هو فسخ النكاح فقط ، لا تحريمها عليه في المستقبل بل هو باق لتعلق الاجتهاد به . وكذا فسخه نكاح معتدة وتحريمها على زوجها، الثابت من حكمه فسخه، لا تحريمها عليه في المستقبل.» وتبعه ابن الحاجب وقبلوه . قلت وهو صواب في مسألة المعتدة . واما رضاع الكبير فغير صحيح أو فيه نظر . وبيانه ، ان علة منع حكم الثاني بخلاف

حكم الاول هي كون حكم الثاني رافعاً لمتعلق حكم الاول بالذات وهذا لانه (١) دار معه وجوداً وعدماً ، اما وجوداً ففي امثال حكم الحاكم الثاني ، بكون المبتاع الاول ، فيما باعه الآمر والمأمور ، أحق بالمبيع . ولو قبضه المبتاع الثاني بعد حكم الاول بأن قابضه أحق ، وأما عدماً ، ففي جواز حكم عمر وعلي ، رضي الله تعالى عنهما ، بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء ، وتقرر في اصول الفقه ، اعتبار الدوران ، اذا ثبت هذا ، ونظرنا وجدنا حكم الثاني ، في مسألة الناكح في العدة غير رافع لنفس متعلق حكم الاول ، لان متعلق حكمه بالذات الفسخ ، والتحريم تابع له ، فلم توجد علة منع حكم الثاني فيها ، ووجدنا حكم الثاني ، في مسألة رضاع الكبير رافعا لنفس متعلق حكم الاول بالذات ، وهو تحريم رضاع الكبير ، وفسخ نكاح رضاع الكبير تابع لهذا المتعلق بالذات لانه متعلق حكمه بالذات ، فيجب منع حكم الثاني ، عملا بالعلة الموجبة لمنعه ، فتأمله ، اهـ

---

(١) ايضاح لكلام ابن عرفة قوله « لانه دار معه وجودا وعدما » اي ان منع حكم الثاني بعد حكم الاول ؛ دار مع رفع حكم الثاني لمتعلق حكم الاول فحيث وجد من حكم الثاني رفع متعلق حكم الاول بالذات ؛ امتنع وحيث انتفى من حكم الثاني رفع متعلق حكم الاول بالذات ؛ جاز وقوله « اما وجودا ؛ ففي امثال حكم الحاكم الثاني بكون المبتاع الاول » الخ. يريد بذلك ؛ ان الانسان اذا كان مالكا لسلعة ؛ فأمر غيره ببيعها ؛ ثم باعها صاحبها من انسان ، وباعها الوكيل المأمور من انسان آخر ، ولم يكن احدهما علم ببيع الآخر ، فوقع التنازع بين المشتريين ، فحكم الحاكم بأن قابضها احق بها ، ثم جدد التنازع ، فحكم الحاكم بأن المشتري اولا احق بالسلعة . فان هذا الحكم الثاني لا يصح، لانه رافع لكون المشتري ثانيا ؛ القابض للسلعة ، احق بها وقوله « واما عدما ففي جواز حكم عمر وعلي ، رضي الله تعالى عنهما ، بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء » يريد ان ابا بكر سوّى في العطاء ، وعمر فاضل فيه ، وعليا سوّى فيه وجاز ذلك ؛ لان حكم عمر لم يبطل ما حكم به ابو بكر وهو اعطاء بعض قدرا خاصا من المال ، لان ذلك نفذ فالمعطى هو المنظور اولا وقد نفذ والتسوية تابعة ، غير منظور اليها بالذات فلذلك جاز نقضها وفي التمثيل بهذا المثال نظر؛ لان هذا التصرف ليس من الحكم ؛ على ما قاله القرافي في الاحكام ؛ في السؤال ٣٦

وقال الشيخ الحطاب ما ذكر ابن عرفه من البحث مع ابن شاس وتفريقه بين المثالين ظاهر ، لان حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النكاح؛ مستلزم لحكمه بتحريم رضاع الكبير اذ لا موجب للفسخ سواه ، فحكم الثاني ، بصحة النكاح الثاني ؛ رافع لحكم الاول بتحريم رضاع الكبير فلا يصح حكمه بذلك بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدة فإنه لا يستلزم الحكم بتأبيد حرمتها لان الفسخ لكون النكاح في العدة فاسداً ؛ وتأبيد التحريم امر وراء ذلك . اختلف فيه العلماء هل يستلزمه النكاح في العدة ، أم لا ، واما الفسخ فلا تعلق له به ، نعم ، وقع في عبارة ابن شاس ، التي نقلها الجماعة منهم ابن عرفة. ان القاضي فسخ نكاح المعتدة وحرمها فإن كان مرادهم بقولهم « حرمها » انه حكم بحرمتها عليه للفسخ فما قالوه ظاهر ، وان كان مرادهم ان القاضي حكم بتأبيد حرمتها ، فكيف يصح حكم القاضي الثاني: بصحة النكاح الثاني ، ولعلهم فهموا المعنى الاول ، واما على المعنى الثاني فلا يصح للقاضي الثاني ان يحكم بصحة النكاح الثاني ، وذكر بعد ذلك تنبيها ، نصه تنبيه لو رفع نكاح الناكح في العدة لقاض ففسخه ثم تزوجها ذلك الزوج بعد انقضاء العدة والاستبراء من وطئه ، فرفع ذلك لقاض يرى تأبيد حرمتها ، ففسخ النكاح حينئذ ، فلا يصح لقاض اخر ، ان يحكم بصحة نكاحها بعد ذلك ، لان فسخ هذا النكاح الثاني مستلزم للحكم بتأبيد تحريمها على الناكح في العدة ، اذ لا مقتضى للفسخ سواه ، فتأمله ، والله تعالى أعلم ، اه ، بلفظه ، فتلقاه الشراح المذكورون بالقبول ، وجروا عليه في شروحهم ، وبه جرت فتاوى المشايخ العصريين ، وأقول إني لاعجب من تلقي الشراح لذلك بالقبول ، مع ان الامام ابن عرفة ؛ انما ذكر ذلك بحثا لا فقها ، اذ لم ينقل عن احد من الفقهاء ، ما يخالف ما ذكره ابن شاس بل ذكر انهم قبلوه.

يعني الفقهاء، وما بعد قبول الفقهاء له، إلّا تسليمه. واعتقاده الفقه. ومن المعلوم المقرر، ان ابحاث الامام ابن عرفة ، تؤخذ تفقهاً لا فقهاً فكيف يلغى ما قبله الفقهاء ويؤخذ ما ذكر بحثاً على ان ما ذكره إبن شاس لم ينفرد به بل هو تابع في ذلك لابن محرز حيث قال في تبصرته وكذلك لو رفع اليه نكاح في عدة ، ففسخه ، وحرمها على زوجها ، لكان الذي يثبت من حكمه ، هو فسخ نكاحها فحسب ، واما تحريمها في المستقبل ، فمعروض للاجتهاد ، ثم قال ولم يحرم ذلك على التأبيد، اهـ، وجرى عليه القرافي في قواعده . وقد اوضحنا لك سابقاً ، وجه الفقه في المسألة ، وأنه لا يصح من الحاكم الحكم بالتحليل والتحريم ، فاذا صدر منه ذلك ، فهو جار منه مجرى الفتوى ، لا الحكم . وإنما يحكم بمقتضاه ، من فسخ أو غيره ، كما تقدم فإن قلت هل من جواب على ما أوضح به الحطاب بحث ابن عرفة مع ابن شاس ، قلت الجواب عن ذلك ؛ بمنع الملازمة ، بين الحكم بفسخ النكاح برضاع الكبير ، والحكم بتحريم رضاع الكبير ، إذ الذي يستلزمه الحكم بفسخ النكاح برضاع الكبير . اعتقاد نشر الحرمة برضاع الكبير . لا الحكم بنشر الحرمة برضاع الكبير فرضاع الكبير ، في اعتقاد الحاكم ، سبب في نشر الحرمة ، وترتب المسببات على أسبابها لا يدخلها حكمه. وحينئذ لا يصح ان يقال : ان الحكم بفسخ النكاح، يستلزم الحكم بالتحريم، بل انما يستلزم اعتقاد التحريم . لا الحكم به ، والذي لا ينقض ويرفع الخلاف هو حكمه ، وذلك لمصلحة الاحكام ، ورفع التشاجر والخصام، لا اعتقاده إذ لا تلزم الموافقة عليه . وحكمه بالفسخ فيما ذكر ، إنما تعلق بجزئي خاص ؛ وهو العقد الاول ، فإذا تجدد ؛ فهو عقد ثان ، لم يتقدم فيه حكم ، بل هو مثله ، فيجري فيه الاجتهاد حينئذ ، ولا يكون ذلك نقضاً للقضاء الاول ، هذا ما ظهر للذهن الكليل ، والله تعالى المرشد سواء السبيل ، اهـ، الرسالة .

الفصل السابع

في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا او تضمنا

ذكر ابن فرحون في تبصرته ، في الفصل الثالث من القسم الاول من الركن السادس المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا ، أو تضمناً ، من غالب الابواب الفقهية ، ولخص ذلك من كلام الشيخ سراج الدين البلقيني (١) الشافعي ، غير ان ما ذكره رحمه الله ، لا يتمشى الكثير منه مع الاصول المالكية فرأينا أن نذكر نصه ، في كل موضع ونردفه بما يوضح الحق فيه ، حتى لا يؤخذ على علاته ، وتنقل نصه محكيا بقال ، ونردفه بما رأيناه ؛ بأقول ، ونختم الفصل بمسألة البينات هل يدخلها الحكم استقلالا أو تضمنا .

قال الطهارة . لا يدخلها شيء من الحكم بالصحة : ولا بالموجب ؛ استقلالا . لكن يدخلها الحكم بطريق التضمن ، كتعليق عتق أو طلاق ، على طهارة ماء أو نجاسته ، فإذا ثبت عند الحاكم وقوع الطلاق لوجود الصفة ؛ نحكم بصحة الطلاق ؛ أو بموجب ما صدر من المعلق ؛ ووجود صفته كان ذلك متضمنا للحكم بالنجاسة أو بالطهارة .

أقول : الحكم بصحة الطلاق ، لا يتضمن الحكم بالنجاسة أو بالطهارة ؛ وإنما يتضمن اعتقاد الحاكم الطهارة أو النجاسة ، كما تقدم في الفصل السابق ، ومما يدل عليه قول الجواهر ، في القاضي يرفع اليه رضاع كبير ، فيحكم

---

(١) هو عمر رسلان بن نصر الكناني العسقلاني الشافعي ولد في بلقين بمصر سنة ٧٢٤ ونشأ في القاهرة وكان مجتهدا حافظا للحديث ، من العلماء الراسخين في العلم ولي قضاء الشام سنة ٧٦٩ وتوفي بالقاهرة سنة ٨٠٥ له تآليف في الفقه وغيره

بأن رضاع الكبير يُحَرِّمُ ويفسخ النكاح من اجلـه ، فالقدر الذي يثبت من حكمه : هو فسخ النكاح فحسب ، وكذا لو رفع اليه حال امرأة نكحت في عدتها : ففسخ نكاحها ؛ وحرمها على زوجها : لكان القدر الذي يثبت من حكمه: فسخ النكاح فحسب ؛ واما تحريمها عليه في المستقبل: فمعرض للاجتهاد. ومن هذا الوجه : ان يحكم بنجاسة ماء او طعام او شراب ؛ فإنه لا يثبت حكم في ذلك الجنس، اهـ باختصار ، فإذا كان التصريح بالحكم بالتحريم لايعطيه الصبغة الحكمية فكيف ما وقع السكوت عنه ، وتقدم عن القرافي ان الحكم بمقتضى المدرك ، ليس حكما بالمدرك ،

قال الصلاة يدخلها الحكم بالتضمن مثل من صلى المكتوبة بوضوء خال عن النية ، او مع وجود مس الذكر ؛ لاعتقاده صحة الصلاة مع ذلك ، فاذا حكم حاكم بعدالة من فعل ذلك والحاكم معتقد صحة ذلك ، كان حكمه متضمنا صحة وضوئه ، وعلى هذا قياس الصلاة الخالية عن قراءة الفاتحة ، او عن الطمانينة ، ونحو ذلك ، قال الشيخ سراج الدين ، رحمه الله ؛ ولقد عجبت من قاض ، حضر عند سلطان ، ووقع الكلام في صحة اقامة الجمعة في جامع بناه ذلك السلطان ، فلما تكلموا في الخلاف في ذلك . قال القاضي « نحكم بصحة اقامة الجمعة فيه » وهذا الكلام باطل ، ولا يتصور ان يدخل ذلك ، ولا نحوه، تحت الحكم استقلالا ، ولا تضمنا على الاطلاق . ولكن يدخل بالنسبة الى واقعة خاصة ، من تعليق الطلاق ، او غيره ، على صحة اقامة الجمعة في هذا المكان ، فالحكم اذا توجه الى المعلق بما التزمه . يتضمن صحة اقامة الجمعة في هذا المكان، بالنسبة الى الزام الشخص ، لا مطلقا،

اقول فيما ذكره نظر من وجوه الاول : ان الحكم بالعدالة ، انمايتضمن اعتقاد صحة صلاة المعدّل بالوضوء الخالي من النية ، او الواقع بعده مس الذكر،

لا الحكم بذلك الثاني ان التعديل ليس من باب الحكم ، وانما هو من قبيل الثبوت ، وقد ذكر ابن فرحون نقلا عن القرافي : ان اثبات الصفات ، كثبوت العدالة او الجرح ليس حكما ، ولذا يجوز لحاكم اخر ان يرد من قبله الاول ، ويقبل من رده الاول لثبوت السبب القاضي بذلك ، الثالث ، انه اذا سلم انه حكم بصحة اقامة الجمعة في الجديد، يلزم ان يعم المحكوم عليه وغيره. لان الحكم بالصحة يعم ، الرابع ان الحكم بلزوم الطلاق لا يستلزم الحكم بصحة اقامة الجمعة في هذا المكان وانما يستلزم اعتقاد صحة اقامتها فيه ، وقد ذكر الزرقاني المسألة في باب الجمعة من شرح المختصر ، فقال ان قوله « والجمعة للعتيق » مقيد بثلاثة قيود ؛ ثانيها ان يحكم حاكم بصحتها في الجديد؛ تبعا لنذر بانيه عتق عبد بعينه ، ان صحت صلاة الجمعة فيه ، فإن وقع ذلك ، وحكم مخالف بعتق العبد لصحتها ؛ صحت فيه ، إذ حكمه الداخل في العبادات ؛ تبعا لنحو عتق ؛ كما افتى به الناصر لا ينقض ، اهـ ، وكتب عليه المحقق محشيه البناني ما نصه فيه نظر ، إذ حكم الحاكم ؛ في المسألة المذكورة ، لم يقع إلّا بالعتق؛ لاعتقاده صحتها في الجديد ، ولا يلزم من اعتقاده صحتها فيه ، حكمه بها ، فتأمله ، اهـ ،

قال واما الزكاة ، فيدخلها الحكم وذلك مثل ما لو حكم حاكم ، يرى جواز اخراج القيمة في الزكاة ، بصحة الاخراج ، وبموجب الاخراج عنده وهو سقوط الفرض. بذلك كان الحكم بالصحة والموجب في ذلك سواء . وليس للساعي اذا كان ذلك الحكم مخالفا لمذهبه ، ان يطالب المالك باخراج الواجب عنده ، سواء حكم بالصحة او حكم بالموجب ،

اقول : الزكاة : لا يمكن ان يدخلها الحكم بالصحة ، او الموجب ، الذي هو سقوط الفرض ، استقلالا ، لان الصحة في العبادات ، يراد بها سقوط الفرض ،

وهو من مصالح الآخرة . لا من مصالح الدنيا ، والقضاء انما يكون فيما هو من مصالح الدنيا بخلاف الصحة في المعاملات . لان المراد بها ، ترتب اثر العقد عليه . وهو من مصالح الدنيا ، ولذا امكن الحكم بالصحة فيها وأما دخول الحكم فيها ضمنا فكأن يدفع المزكي ، لاحد الفقراء ، قيمة ما وجب عليه اخراجه، بناء على اعتقاد جواز اخراج القيمة في الزكاة ، ثم يبدو له ان ذلك غير صحيح، فيريد استرجاع ما اعطاه ، ليخرج بدله عين ما وجبت فيه الزكاة ، فيمتنع الفقير من تسليمه ، فيقع التنازع في ذلك لدى القاضي الذي يرى صحة اخراج القيمة، فيحكم باستحقاق المعطى لما تسلمه. فان ذلك يتضمن الحكم بالصحة ، بناء على ما قرره في الطهارة والصلاة ويرد عليه ما ذكرناه سابقا ، من ان اللازم هو اعتقاد الصحة . لا الحكم بها

قال واما الصوم ، فيدخله ايضا . وذلك اذا صام الولي الوارث ، عن الميت. وطلب الوصي ان يخرج الطعام ، فامتنع الوارث منه ، وترافعا الى حاكم يرى صحة الصوم عن الميت فحكم بصحته ، او بموجبه. فليس للوصي ان يخرج الطعام حينئذ ، ولا ان يطالب الوارث بذلك ، بخلاف ما قبل الحكم.

اقول الحكم بالصحة استقلالا لا يتأتى ، لما قررناه في الزكاة واما ضمنا، كأن يحكم في الصورة التي صورها . بعدم الزام الوارث باخراج الطعام، فيمكن، بناء على ما قرره ، من ان ذلك يستلزم الحكم بالصحة . لا على ما قررناه ، من ان ذلك يستلزم اعتقاد الصحة. لا الحكم بها.

قال : واما الاعتكاف ، فيدخله استقلالا ، وتضمنا . اما الاستقلال . ففي مسائل ، منها ، انه يقضى للمكاتب على سيده . بالاعتكاف اليسير. ومنها ، من اعتكفت بغير اذن زوجها ، فله منعها وكذلك العبد . وكذا لو اعتكف المديان، هروبا

من اداء الحق ، فان الحاكم يرى فيه رأيه . ومنها ، اذا وطيء المعتكف ، أدّبه الحاكم واما التضمن ، فكما تقدم في الطهارة والصلاة

اقول جميع ما ذكره من الامثلة ، انما هو من وادي الحكم ضمنا لان النزاع بين السيد ومكاتبه ، والزوج وزوجه ، والسيد وعبده ، والمديان وغريمه، انما هو في التمكين من الاعتكاف، وعدم التمكين منه، فاذا قضى الحاكم بالتمكين. تضمن ذلك صحة الاعتكاف وجوازه . بناء على ما قرره ، وتضمن اعتقاد صحته وجوازه. بناء على ما قررنا. واذا قضى بعدم التمكين، تضمن فساده او عدم جوازه ، على ما قرره ، وتضمن اعتقاد الفساد او عدم الجواز ، على ما قررنا، اما تاديب الحاكم للواطيء في الاعتكاف ، فمن باب تغيير المنكر ، لا القضاء وما ذكره في التضمن ، يرد عليه ان اللازم هو اعتقاد الصحة او الفساد ، لا الحكم بهما ،

قال واما الحج ، فانه لو فسخ حنبلي حجه الى عمرة ، حيث يسوغ عنده، وله زوجة ليس معتقدها ذلك ، فامتنعت من تمكينه بعد التحلل فارتفع الى حاكم حنبلي فحكم عليها بصحة ما فعل زوجها الحنبلي او حكم بموجب ذلك عنده . فهما مستويان، ولو حكم عليها بالتمكين كان متضمنا للحكم بصحة ما فعله الزوج ؛ وهو نفس الموجب،

اقول الحكم بصحة ما فعله الزوج ؛ فتوى، لان الصحة في العبادة ؛ اثرها اخروي ؛ كما تقدم ، والحكم بالتمكين؛ يتضمن اعتقاد صحة فسخ الحج في العمرة: لا الحكم بها،

قال واما الاضحية ؛ فهي عبادة : لا يدخلها الحكم استقلالا ، وقد يدخلها بطريق التضمن ؛ في التعليق : كما تقدم ،

اقول ما ذكره ؛ من دخول الحكم فيها بطريق التضمن في التعليق ؛ يرد عليه ما ورد على نظائره،

قال وأما الصيد ، فيدخله الحكم استقلالا فإذا تنازع اثنان في صيد ، وترافعا الى الحاكم ، وتصادقا على فعلين ، صدرا منهما على الترتيب ، مثلا ، او قامت البينة على ذلك وكان مقتضى مذهب الحاكم انه للاول ، او للثاني ، فحكم له بأنه المالك ، كان ذلك حكما مستقلا صحيحاً . وانما دخل الحكم في ذلك ، لانه يفضي الى الملك ، وجميع وجوه الملك يدخلها الحكم ،

أقول ما ذكره هنا ظاهر صحيح

قال : وأما الذبائح ، فيدخلها الحكم من جهة التقصير المقتضي للتغريم . وكذلك دفع الاجرة . لو قامت البينة انه ذبح صحيح ، فإنه يحكم له باستحقاق الاجرة ، وكذاً لو باع صاحب الذبيحة لشخص ، ثم ارتفعا إلى حاكم . وادعى المشتري انها حرام ؛ لامر ادعاه او ظهر للحاكم ذلك ، باقرار او بينة . فحكم على البائع برد الثمن ، كان ذلك حكماً بتحريم الذبيحة ، وكذا اذا اثبت التقصير في الذبح ، وحكم بالغرم ، كان ذلك متضمنا للحكم بحرمة الذبيحة ،

اقول الحكم بالتغريم او رد الثمن ، ليس حكما بالتحريم ، اذ التحليل والتحريم لا يدخلهما الحكم ، لان المحلل والمحرم هو الله تعالى ، كما تقدم في الفصل السابق فالحكم بالتغريم ورد الثمن ، يستلزم اعتقاد التحريم ، ولمن لا يعتقد حرمة الذبيحة ، المحكومُ بتغريمها او رد ثمنها تناولها كما ان الحكم بدفع الاجرة ، لا يتضمن الحكم بحلّيّة الذبيحة وانما يتضمن اعتقاد الحاكم حليتها ، وذلك لا يحلها لمن يرى حرمتها ،

قال ؛ وأما الاطعمة ، فيدخلها الحكم استقلالا ، مثاله اذا نزلت برجل مخمصة ، فوجد مع رجل طعاما فامتنع من اطعامه ، ومن مواساته ، فإن له ان يقاتله ؛ فإن مات الجائع ، وجب القصاص وان اخذه الجائع قهراً ، فعليه قيمته .

اقول : يلزم زيادة تحرير في هذا الفرع ، هل المراد حلية الاطعمة او حرمتها من حيث الاكل فلا يدخلها الحكم استقلالا ، ولا تضمنا ، بناء على ان

الحكم المترتب على الحلية او الحرمة ، لا يتضمن الحكم بهما وانما يتضمن اعتقادهما ، او المراد استحقاق الانتفاع بها او تسلمها . فيدخلها الحكم كسائر المتمولات .

قال وأما الايمان ؛ فيدخلها الحكم استقلالا كمن حلف بطلاق امرأته ليجلدنها مائة سوط ، فإن الحاكم يمنعه من ذلك . ويطلقها عليه ، وغير ذلك كثير ، وأما الجهاد فيدخله استقلالا ، في اكثر مسائله ، وهو واضح لا يحتاج الى تمثيل ، وأما النكاح وتوابعه . فدخول الحكم بالصحة والموجب فيها واضح ، وكذلك سائر المعاملات . من البيع والقرض والرهن والاجارة والمساقاة والقسمة والشفعة والعارية والوديعة والحبس والوكالة والحوالة والحمالة والضمان ، وغير ذلك من ابواب المعاملات يدخلها الحكم بالصحة ، والحكم بالموجب ، فلا نطول بالتمثيل .

أقول ما ذكره هنا ظاهر صحيح .

وهذا ءاخر ما اورده الشيخ ابن فرحون ، ويحسن بنا في هذا المقام ؛ ان نختم هذا المبحث ؛ بمبحث البينات اذا اعملها الحاكم وقبلها هل يكون ذلك حكماً بصحتها ، فأقول ليس الحكم بمقتضى البينة ، حكماً بصحتها ، لان الحكم بمقتضاها ، انما يتوقف على اعتقاد صحتها ، لا الحكم بالصحة ، فاذا شهدت بينة بأمرين فأكثر ، ككون العقار في حوز زيد وملكا له ، فجرى النزاع اولا في الحوز ، وحكم القاضي بكون الحوز للمشهود له استنادا لهذه البينة ، ثم جرى النزاع بعدُ في التملك بين المتنازعين اولا ، او بين المشهود له وءاخر ، فإن القاضي يلزمه ان يعذر الى الخصم في هذه البينة فإن سلمت من المطاعن ، قضى ، مستنداً اليها ، وان سقطت ، الغاها ، ولا حرج في ذلك ، لان القضاء الاول ، انما هو بثبوت الحوز ، استناد الى البينة ، واعتقادا لصحتها، وذلك

لا يستلزم الحكم بصحتها وايضاً لو كان القضاء بشيء ، استناداً الى بينة ، حكما بصحة البينة ، لا يجوز نقضه ، لامكن ان يتواطأ شخصان ، فينشبان خصومة بينهما . ويقيم احدهما بينة ، تشهد بأشياء متعددة . ويتظاهر المشهود عليه بالعجز عن الطعن فيها فاذا وقع القضاء استناداً لها ، انشب خصومة مع اخرين ، فيما شهدت به تلك البينة ، وحينئذ تنقطع الاسباب بالمطلوبين ؛ وتعجزهم الحيلة في التفصي منها ، للحكم بصحتها ، وهذا بديهي البطلان ، اذ الضرر مرفوع ، والحرج منفي ، في هذه الشريعة المباركة . فما يعتقده بعض الضعفاء ، من ان البينة المحكوم بمقتضاها ، لا يمكن الغاؤها ، وهم . وما ذكره القاضي ابن سلامة ؛ في حاشية التاودي ؛ في قول ابن عرفة في تعريف القضاء « ولو بتعديل او تجريح » لا يخلو من اشكال . ذلك انه ذكر ان التعديل والتجريح من متعلق الحكم ، لان تعديل البينة طريق للحكم ؛ وطريق الشيء غيره ؛ لكن لما كان تناول الحكم لهما ؛ من حيث الحكم في الطريق ، وذلك مظنة لتوهم انهما خارجان ؛ نص عليهما ثم قال تنبيه ؛ لا يشكل على تناول الحكم هما ، ما في التبصرة عن القرافي اشياء لا تدخل تحت الحكم مثل التعديل والتجريح والتسفيه والترشيد واثبات الحجج فإن معناه أصل إقامة الحجة عنده ، وتزكيتها ؛ وهذا غير الحكم بالتعديل لانه يكون بعد التنازع في صحة البينة ، ولا يمكن الحكم في نفس العدالة والجرحة . اهـ . والبحث في كلامه من وجهين . الاول ، ما اقتضاه كلامه ، من ان طريق الحكم يلزمه ان يدخله الحكم ، لا يصح ، لما نقلناه سابقا عن القرافي ، في الفصل الاول ، من ان الحكم بمقتضى المدرك ؛ ليس حكما بالمدرك . وما نقلناه في هذا الفصل ، عن الشيخ بناني ؛ من ان الحكم بعتق العبد . المعلق عتقه على صحة الجمعة في الجديد ، يستلزم الاعتقاد بصحتها في الجديد ، لا الحكم بصحتها فيه . اهـ . وما

نقلناه عن الجواهر ، في الحكم بفسخ نكاح المعتدة . وفسخ النكاح بالرضاع في الكبر . من ان القدر الثابت من الحكم ، هو الفسخ ؛ والتحريم في المستقبل معرَّض للاجتهاد، ومثلهما كل حكم طريقه التحريم والتحليل

الثاني ؛ تفسيره كلام القرافي في معنى كون التعديل والتجريح لا يدخلهما الحكم ، بأنه لا يمكن الحكَم في نفس العدالة ؛ وجزمه بمغايرة هذا المعنى ؛ للحكم بالتعديل لان الحكم بالتعديل يكون بعد التنازع في صحة البينة - فيه غموض شديد ، إذ لا معنى للحكم بالتعديل إلّا ثبوت عدالتها عنده: وذلك من باب اثبات الصفات ولعله يريد انه اذا جرى النزاع في صحة البينة ؛ وكانت عند الحاكم صحيحة يحكم بصحتها ؛ وأن معنى الحكم بتعديل البينة ؛ الحكم بصحتها ؛ وبهذا تقع المغايرة بين كلام القرافي ؛ وما جزم به، لكن يَرِدُ عليه حينئذ امران ، احدهما ؛ ان الحكم بالصحة اخص من الحكم بالتعديل؛ اذ قد يعدَّل الشاهد ولا يقبل ، لقرابة او عداوة او غيرهما من الموانع ثانيهما ان جريان النزاع في صحة البينة وفسادها لا يقتضي الحكم بالصحة او الفساد ؛ وانما يوجب اعمالها او اهمالها لان خوض الخصوم في البينات غير مقصود لذات البينات ؛ وانما المقصود ما يترتب على ما تضمنته ؛ من اثبات حق او نفيه وذلك مورد التشاجر والخصام . والمراد من ابرام الاحكام ، فإذا خاض الخصوم في البينات ، صحة وفساداً ، واستقصى القاضي ما ادلوا به ، يحكم بإمضاء العقد او فسخه ، وباستحقاق القائم لما ادعاه او عدم استحقاقه اياه ، استناداً لنهوض البينة او عدم نهوضها ، هذا هو الطريق اللاحب ، والمنهج الواضح ، وغيره تنكب عن جادة الطريق ، وبالله العصمة والتوفيق

الفصل الثامن

في معنى الحكم بالصحة والحكم بالموجب والفرق بينهما وما يعتمده كل منهما والحكم المختلف فيه والحكم بالمختلف فيه

الحكم بالصحة عبارة عن قضاء القاضي بصدور ذلك العقد من اهله في محله على الوجه المعتبر عنده شرعا ، ومعنى صحة العقد ، كونه بحيث تترتب آثاره عليه ، ومعنى حكم القاضي بذلك الزامه لكل احد . فإذا كان في محل مختلف فيه ، نفذ وصار في حكم الظاهر كالمجمع عليه فلا سبيل الى نقضه باجتهاد مثله . اذا كان في محل مختلف فيه اختلافا قريبا لا ينقض فيه قضاء القاضي ، ولم يتبين بناؤه على سبب باطل ، وقد يعرض الفساد في الحكم بالصحة ؛ من جهة تبين عدم الملك او شرط آخر فإذا تبين بطلان الحكم بفوات محله نقضه ذلك القاضي نفسه ؛ او غيره ؛ لان الخلل الذي ظهر ؛ تبين انه في محل الحكم ؛ لا في الحكم ، والحكم بالصحة يستدعي ثلاثة اشياء اهلية التصرف ، وصحة الصيغة ؛ فيما يشترط فيه صيغة خاصة ؛ وكون التصرف في محله .

واما الحكم بالموجب ؛ فإنه لم يوجد في كتب المالكية . وانما تعرض له الشافعية اولا ثم الحنفية ، واول من نقله من المالكية ، ابن فرحون في تبصرته ، فقد نقل في فصل في الفرق بين الفاظ الحكم المتداولة في السجلات ، صفحة ٨٢ من الجزء الاول ، عن البلقيني (١) والشيخ تقي الدين السبكي ، ان الحكم بالموجب عبارة عن قضاء القاضي بالالزام بما يترتب على ذلك الامر ،

---

(١) هو عمر بن رسلان بن نصر الكناني العسقلاني الشافعي ولد في بلقين بمصر سنة ٧٢٤ ونشأ في القاهرة وكان مجتهدا حافظا للحديث من العلماء الراسخين ولي قضاء الشام سنة ٨٦٩ وتوفي بالقاهرة سنة ٨٠٥ ـ له تاليف في الفقه وغيره

على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا قال وهو انما يستدعي شيئين اهلية التصرف ؛ وصحة الصيغة فيحكم بموجبها ؛ وهو مقتضاها والفرق بينهما ؛ ان العقد الصادر ؛ اذا كان صحيحا باتفاق ، ووقع الخلاف في موجبه ؛ فالحكم بالصحة فيه ، لا يمنع من العمل بموجبه ؛ عند غير الذي حكم بالصحة ولو حكم فيه الاول بالموجب ، امتنع العمل بموجبه . مثال ذلك التدبير صحيح باتفاق ، وموجبه اذا كان تدبيرا مطلقا ، عند الحنفية ، منع البيع ، فلو حكم حنفي بصحة التدبير المذكور ، لم يكن ذلك مانعا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر ولو حكم الحنفي بموجب التدبير ، امتنع البيع ، إلّا عند من يرى نقض الحكم المذكور ، لمخالفته السنه الصحيحة ، وهذا النقض حينئذ لمدرك ءاخر اهـ

وأما الحنفية . فقد شرطوا لاعتبار الحكم بالموجب ، ان يكون وقع الترافع والتنازع فيه عند الحاكم ، وأن يكون لا ينفك عن ذلك العقد قال المحقق ابن عابدين ،(١) من اعلام متأخري الحنفية ، في حاشية الدر المختار ، صحة ٥٠٦ من الجزء الرابع القضاء القصدي القولي ، دون الضمني والفعلي ، يشترط فيه تقدم الدعوى ، إلّا ما تسمع فيه الدعوى حسبة ، ومنه الوقف على الفقراء ، واثبات الوقفية اما كونه ،وقوفا على فلان او فلان ، وأن الواقف شرط كذا او كذا فهذا حق عبد ؛ فلابد فيه من دعواه لاثبات حقه وكذا في اثبات شروطه قال في البحر الحكم المرفوع ، لا بد ان يكون في حادثة وخصومة صحيحة ؛ كما صرح به العمادي والبزازي ، وقالا حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء ، لانه فتوى اهـ فلو رفع الى حنفي قضاء مالكي بلا دعوى ، لم

---

(١) هو محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي . فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عصره له الحاشية البديعة على الدر المختار المسماة برد المحتار ؛ عليها المعول . والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية مولده بدمشق سنة ١١٩٨ وتوفي فيها سنة ١٢٥٢

يلتفت اليه. ويحكم بمقتضى مذهبه ولابد ، في امضاء الثاني لحكم الاول ، من الدعوى ايضا ، كما سمعت . اهـ . اي لابد ، في حكم الثاني ؛ اذا رفع اليه حكم الاول ، من ان يكون ايضا بعد دعوى صحيحة ، كما نقله قبله عن البزازية وهذه الدعوى والخصومة ، تسمى الحادثة ؛ لحدوثها عند القاضي ، ليحكم بها ، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة ، فإنه لم يحدث بدون الخصومة فيه ، فلذا لم يصح حكمه به قبلها ، كما يأتي بيانه في الموجب قريباً ، اهـ ، باختصار. وقال ابن عابدين في الحكم بالموجب : اذا وقع تنازع في موجب خاص ؛ من مواجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي ، ووقعت الدعوى بشروطها ، كان حكماً بذلك الموجب فقط ، دون غيره . فلو اقر بوقف عقار عند القاضي ؛ وشرط فيه شروطاً ، وسلمه الى المتولي ثم تنازعا عند القاضي الحنفي في صحته ولزومه ، فحكم بهما وبموجبه . لايكون حكماً بالشروط . فللشافعي ان يحكم فيها بمقتضى مذهبه . ولا يمنعه حكم الحنفي السابق ، وذكر في البحر ان القاضي اذا قضى بشيء ، في حادثة بعد دعوى صحيحة ، لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه ، فاذا قضى شافعي ، بصحة بيع عقار وموجبه ، لا يكون حكما منه ، بأنه لا شفعة للجار ، لعدم حادثتها وكذا اذا قضى حنفي ، لا يكون حكماً بأن الشفعة للجار ، وان كانت الشفعة من مواجبه ، لان حادثتها لم توجد وقت الحكم ، ولا شعور للقاضي بها ، وكذا اذا قضى مالكي بصحة التعليق في اليمين المضافة ، لا يكون حكماً بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل : لعدمه وقته ، اهـ ، وقال العلامة قاسم اما كون الحكم حادثة ، فاحتراز عما لم يحدث بعد ، كما لو حكم بموجب اجارة ، لا يكون حكماً بالفسخ بموت احد المتؤاجرين ، لانه لم توجد فيه خصومة ، اهـ ، قال الشيخ ابن عابدين وقد ظهر من هذا ، ان المراد بالموجب هنا ، الذي لا يصح به الحكم ، هو ما ليس من مقتضيات العقد . فالبيع

الصحيح ، مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ؛ ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التسليم والتسلم ، في كل من الثمن والمثمن ، ونحو ذلك ؛ فإن هذه، وان كانت من موجباته ، لكنها مقتضيات لازمة له . فيكون الحكم به ، حكماً بها ، بخلاف ثبوت الشفعة فيها للخليط ، أو للجار ، مثلا ، فإن العقد لا يقتضي ذلك اي لا يستلزمه فكم من بيع لا تطلب فيه الشفعة ، فهذا يسمى موجب البيع ، ولا يسمى مقتضى وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية ان الموجب عبارة عن الاثر المترتب على ذلك الشيء وهو والمقتضى مختلفان ، خلافاً لمن زعم اتحادهما اذ المقتضى لا ينفك ، والموجب قد ينفك فالاول كانتقال للمشتري بعد لزوم البيع . والثاني كالرد بالعيب ، والموجب اعم لانه الاثر اللازم ، سواء كان ينفك . أو لا فالموجب اعم ؛ ولا يصح الحكم بالموجب ؛ ما لم يكن حادثة بأن وقع فيه الترافع ؛ والتنازع عند الحاكم ؛ فإذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه ؛ فحكم بموجب ذلك البيع كان حكماً بصحته. وبباقي مقتضياته الشرعية ؛ التي لا تنفك عنه كملك المشتري المبيع ولزومه دفع الثمن، ونحو ذلك بخلاف موجبه المنفك عنه كاستحقاق الجار الاخذ بالشفعة، لعدم الحادثة قال في البحر ومما فرعته على ان قضاء المخالف ؛ اذا رفع الينا . فإنا نمضيه ، فيما وقع حكمه به ، لا في غيره ما لو قضى شافعي ببينة ذي اليد على خارج نازعه ، ثم تنازع ذو اليد وخارج ءاخر عند حنفي؛ فإنه يسمع الدعوى ولا يمنعه قضاء الشافعي من سماعها بناء على ان القضاء بالملك ؛ لا يكون قضاء على الكافة بل يقتصر على المقضي عليه ؛ وهو الخارج الاول . وان كان مذهب الحاكم تعديه فلا تتعرض لحكمه على الخارج الاول واما الثاني فلم يقع حكمه عليه ؛ على مقتضى مذهبنا ومما فرعته لو حجر شافعي على سفيه ؛ بعد دعوى صحيحة ، ثم رفعت الينا حادثة من تصرفاته ؛ فإنا نحكم بمذهب

ابي يوسف (١) ومحمد (٢) في الحجر على السفيه ؛ فإنهما وان وافقا الشافعي في اصل الحجر ؛ لم يوافقاه في انه يؤثر في كل شيء ؛ وانما يؤثر عندهما ؛ فيما يؤثر فيه الهزل ؛ فإذا تزوجت السفيهة التي حجر عليها شافعي ولم يرفع نكاحها اليه ، ولم يبطله ، بل رفع الى حنفي ، فله ان يحكم بصحته ، لو الزوج كفؤا ، على قولهما المفتى به ، ولا يمنعه مذهب الحاجر ، لعدم وجود حادثة التزوج وقت الحجر ، ولم تكن لازمة للحجر ، حتى تدخل ضمنا ، لقبول الانفكاك ، لجواز ان لا تتزوج المحجورة اصلا وقد توقف فيها بعض من لا اطلاع له على كلامهم . اهـ قال الشيخ ابن عابدين ويعلم منه ؛ ما يقع الآن ؛ من وقوع التنازع في صحة الاجارة الطويلة عند قاض شافعي ؛ فيحكم بصحتها ، وبعدم انفساخها بموت ولا غيره ، فان عدم الانفساخ بالموت ، لم يصر حادثة وقت الحكم ، لان الموت لم يوجد وقته . فللحنفي ان يحكم بفسخ الموت ، كما افتى به في الخيرية وذكر ابن الغرس (٣) من هذا القبيل ، ما لو وهب

---

(١) هو القاضي ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن خنيس ابن سعد بن حبتة الانصاري وسعد بن حبتة احد الصحابة رضوان الله عليهم روى عنه محمد بن الحسن الشيباني وبشر بن الوليد الكندي وعلي بن الجعد واحمد بن حنبل ويحي بن معين ولم يكن في اصحاب ابي حنيفة مثله وهو اول من وضع الكتب في اصول الفقه على مذهب ابي حنيفة وأملى المسائل ونشرها وبث علم ابي حنيفة في اقطار الارض . وحمل لباس العلماء متميزا عن لباس الناس. كان النهاية في العلم والحكم والرئاسة والقدر نال الحظوة عند الرشيد العباسي. واستقضي ببغداد ؛ وتوفي عليه . ولد سنة ١١٣ وتوفي سنة ١٨٢

(٢) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني . حضر مجلس الامام ابي حنيفة سنين. ثم تفقه على ابي يوسف وصنف الكتب الكثيرة النادرة ؛ منها الجامع الكبير والجامع الصغير. ونشر علم ابي حنيفة وكان من افصح الناس. جرى بينه وبين الامام الشافعي مجالس ومسائل بحضرة الرشيد . وكان الامام الشافعي يثني عليه . مولده سنة ١٣٥ - او سنة ١٣١ او سنة ١٣٢ وتوفي سنة ١٨٩

(٣) هو الشيخ محمد بن غرس. الحنفي المتوفي سنة ٩٣٢ - نظم بيتين لما ابتلي بالقضاء . في اطراف القضية الحكمية وهما

إبنه وسلمه العين الموهوبة ، وقضى شافعي بالموجب ثم بعد مدة رجع الواهب في هبته ، وترافعا عند القاضي الحنفي ، فحكم بطلان الرجوع قال: وقد حصل التنزع في هذه المسألة بين اهل المذهبين ؛ وقال القاضي الشافعي حكم الحنفي باطل . لاني حكمت قبله بموجب الهبة ومن موجبها عندي . ان الاب يملك الرجوع ؛ والحكم في الخلافية يجعلها وفاقية ، وقال القاضي الحنفي: الرجوع حادثة مستقلة ، وجدت بعد الحكم بمدة طويلة فكيف تدخل تحت حكمه وأجيب فيها بأن الموجب هنا . امور هي خروج العين من ملك الواهب ، ودخولها في ملك الموهوب له . وملك الواهب الرجوع اذا كان أباً ، عند الشافعي ، وعدمه عند الحنفي ، فان كان التداعي عند القاضي ليس إلّا في انتقال العين من ملك الواهب الى ملك الموهوب له . اقتصر القضاء بالموجب على ذلك ، فاذا كان القاضي الاول شافعيا ، لا يصير كون الاب يملك الرجوع ، محكوما به ، واذا كان حنفيا ، لا يصير عدم ملكه ذلك ، محكوما به فللقاضي الثاني ان يحكم بمذهبه . اي لان الامر الاول لا يستلزم الامر الثاني في الثبوت. قال فتبين ان القضاء في حقوق العباد ، يشترط له الدعوى الموصلة له شرعا، على وجه يحصل به المطابقة ؛ إلّا ما كان على سبيل الاستلزام الشرعي ، وليس للقاضي ان يتبرع بالقضاء بين اثنين ، فيما لم يتخاصما اليه فيه اهـ. وهو تحقيق تقتضيه الاصول المالكية كما يستفاد ذلك مما نقلناه في الفصل السادس من النصوص. فينبغي اعتماده. وقد استفيد من هذه الانقال ، ومما ذكرناه في الفصل المذكور، ان الاعتبار بكون الصادر من القاضي حكماً ، او ليس بحكم، انما هو في نظر القاضي الثاني المترافع لديه. ويترتب على ذلك ، انه اذا كان الصادر من

اطراف كل قضية حكمية ❊ ست يلوح بعدها التحقيق
حكم ومحكوم به وله ومحـ ❊ ـكوم عليه وحاكم وطريق

وشرح هذين البيتين شرحا سماه بالفواكه البدرية.

الاول ليس حكماً في نظر الثاني ان لهذا الثاني ان ينظر فيما نظر فيه الاول، ويصدر حكمه فيه ، بخلاف ما يراه الاول لانه والحالة ما ذكر يصير الصادر من الاول ، من المحكم المختلف فيه ، وهو لا يرفع الخلاف ، لا من الحكم بالمختلف فيه ، وهذا هو الذي يرفع الخلاف. قال البرهان ابن فرحون ، في تبصرته صفحة ٨٥ من الجزء الاول ، في فصل في بيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب ، ما نصه لا ينقض الحكم بواحد منهما ، اذا صدرا في محال الاجتهاد التي لا ينقض الحكم فيها ، وانما استويا في ذلك. لتضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة ، اما عاماً، عند استيفاء الشروط ، او خاصاً ، بالنسبة الى المحكوم عليه بذلك ، فكما لا يرد النقض على الحكم بالصحة ، لا يرد على ما يتضمنها ، اذا اجزناه ، فأما اذا قلنا لا يجوز الحكم بالموجب ، مع عدم استيفاء الشروط ، فيكون الحكم قد وقع مختلا والحكم المختلف فيه ، غير الحكم بأمر مختلف فيه ، فيسوغ ، لمن لا يرى الحكم بذلك ، ان ينقضه، إلّا إذا حكم حاكم قبله ، بصحة الحكم الصادر بالموجب، وكان الحاكم ممن يرى تسويغ الحكم بالموجب على الوجه المذكور ، فانه حينئذ لا ينقض .اه. قال الشيخ اسماعيل التميمي في بعض اجوبته : ويشهد له مذهب ابن الماجشون في تقرير الحاكم الواقعة وحكمه بها ؛ ان ذلك لا يمنع المخالف من الحكم فيها، وقد تقدم كلامه اخر الفصل . فأرجع اليه.

وما ذكرناه ، من ان الحكم المختلف فيه، ليس بحكم رافع للخلاف ، وللمخالف ان يحكم في الواقعة المرفوعة اليه بما يراه، هو مذهب الحنفية ايضا. فقد ذكر ابن غرس الحنفي ، في اوائل الفصل السابع من الفوائد الفقهية ، ما نصه قالوا ، القضاء المختلف فيه ، يحتاج ، في نفوذه على المخالف ، الى امضاء قاض اخر. الى ان قال : ومثاله ، قول القاضي » ثبت عندي كذا « اذا اراد به الحكم ، لا ينفذ على

المخالف ؛ حتى ينفذه قاض ءاخر ؛ يرى انه حكم ؛ او يحكم بصحة طريقه،اه،

ولكون الحكم المختلف فيه ؛ لا يرفع الخلاف ؛ يحسن ؛ في بلد تتعدد فيه القضاة ، وتختلف مذاهبهم ، كتونس ، ففيها قاض مالكي وقاض حنفي ، ان يلم القاضي بكثير من الجزئيات التي اختلفت المذاهب في كونها احكاما ، لئلا يلتبس عليه ما له ان يتناوله ، ويصدر فيه حكما بعد قضاء غيره ، مما ليس له تعاطيه ، لاجل القضاء المتقدم وحيث ذكرنا فيما سلف ، الحكم بالصحة والحكم بالموجب ، فقد راينا ان نذكر الحكم الضمني ، والحكم الفعلي ، عند الحنفية ، ليتضح للقاضي المالكي ، الطريق السابلة . فأما الحكم الضمني ، عند الحنفية ، فهو عبارة عما دخل القضاء فيه ضمنا ، لا قصدا ؛ وهو قسيم للقولي ، لان القاضي لا يصرح فيه بشيء ، ولا يشترط فيه تقدم الدعوى والخصومة قال ابن نجيم(٢) في الاشباه القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة ، فإذا شهدا على خصم بحق ، وذكرا اسمه ، واسم ابيه ، وجده ، وقضي بذلك الحق ، كان قضاء بنسبه ضمنا . وان لم يكن في حادثة النسب وعلى هذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في كذا ، على خصم منكر ، وقضى بتوكيلها ، كان قضاء بالزوجية بينهما ، وهي حادثة الفتوى ونظيره ما في الخلاصة من طريق الحكم بثبوت الرمضانية ، ان يعلق رجل وكالة فلان بدخول رمضان ، ويدعي بحق على ءاخر ، ويتنازعا في دخوله ، فتقام البينة على رؤياه ، فيثبت رمضان ضمن ثبوت التوكيل اه، انظر حاشية ابن عابدين صفحة ٥٣٥

ومن الجلي ؛ ان هذا الحكم الضمني ؛ ليس حكماً عند المالكية ، وكيف يكون حكماً ، والنسب والزوجية ، عندنا ، في الفرعين اللذين تقدما، غير مشهود بهما، كما تقدم في الباب الثاني ، وحيئذ فالحكم الضمني ، من قبيل الحكم المختلف

---

(١) هو زين الدين بن ابراهيم بن نُجَيْم المصري الحنفي صاحب الاشباه والنظائر والرسائل الزينية في فقه الحنفية والفتاوي الزينية توفي بمصر سنة ٩٧٠

فيه فللقاضي المالكي ، ان يحكم بعدم النسب في الفرع الاول ، وبعدم ثبوت الزوجية في الفرع الثاني ، اذا تروفع اليه فيهما ، اما الفرع الثالث ، فقد تقدم في الفصل السابع عن البناني ؛ انه ليس بحكم بالمعلق عليه .

واما الحكم الفعلي عند الحنفية فهو عبارة عن فعل القاضي ، كتزويجه صغيرة لا ولي لها وشرائه وبيعه مال اليتيم ، وقسمته العقار . ونحو ذلك . وهو كالحكم الضمني في استغنائه عن الدعوى ، وبنوا على كون فعله حكما ، انه لو زوج القاضي اليتيمة من نفسه او ابنه لم يجز ؛ لانه من باب القضاء لنفسه او ولده وهو باطل . واستثنوا من كون فعله حكما ، مسألتين ، الاولى ان يأذن ولي المرأة القاضي بتزويجها فالتزويج هنا ليس حكما ، لانه فعله بطريق الوكالة ، الثانية ان يعطي فقيرا من وقف الفقراء فإنه لا يكون حكما وله اعطاء غيره .

هذا حاصل ما في الدر وحاشيته لابن عابدين . وقد تقدم في الفصل الخامس ، ان ذلك لا يكون حكما عند المالكية ، إلّا اذا اقتضت هذه التصرفات فسخ عقود سابقة عليها القاضي وحينئذ فالحكم الفعلي من وادي الحكم المختلف فيه ، لا يكون رافعا للخلاف ولا مانعا قاضيا ءاخر من تغيير ما فعله القاضي الاول ، اذا ظهر موجب ذلك ، كما تبين ان التقديم على الوقف ، وان كان من قبيل الحكم الفعلي عند الحنفية فليس حكما عند المالكي لان التقديم من التصرفات التي ليست بحكم ، كما نقلناه عن القرافي في الفصل الخامس وحينئذ فهو حكم مختلف فيه لا يصد القاضي المالكي عن تغييره وابطاله . والتوقف في ذلك من ضيق الطعن .

الفصل التـاسع

في الاحكام التي يجوز تعقبها والتي لا يجوز تعقبها وفي التحجير المقبول وغير المقبول وفي التخصيص في القضـاء و الاشتراط فيه

جواز تعقب احكام القضاة ، منوط بأحوالهم . لان القاضي اما ان يكون عدلا عالما ، اي مجتهدا ، ولو في المذهب ، واما ان يكون جائرا ، واما ان يكون مسخوطا في احواله ، لم يعرف بالجور في احكامه ، واما ان يكون عدلا جاهلا ، (اي مقلدا)

فأما القاضي العدل العـالم ، فلا ينظر في احكامه على وجه الكشف والتعقب ، وينقض من احكامه ما خالف فيه قاطعا ، من نص كتاب او سنة او اجماع او قياس جلي ، واختلف في الخلاف الشاذ : فقيل ينقض القضاء فيه ، وقيل لا ينقض . قال ابن رشد ، في سماع عيسى لا خلاف في نقض حكم من قبله . ان كان خطأ لم يختلف فيه وان اختلف فيه ، لم يرده وقيل يرده ان كان شاذا ، وعن ابن الماجشون يرد وان كان الخلاف قويا مشهورا ان كان خلاف سنة قائمة ،

وذكر خليل في مختصره ، فروعا ينقض فيها قضاء العدل العالم ، غالبها مبني على ان الخلاف الشاذ ينقض به الحكم ، وهي حكم القاضي باستسعاء العبـد ، وشفعة الجار ؛ والحكم على عدوه ، او بشهادة كافر ، او ميراث ذي رحم : او مولى اسفل ؛ او بعلم سبق مجلسه ؛ او جعل البتة واحدة ؛ او انه قصد كذا فأخطأ بينة ؛ اوظهر انه قضى بعبدين او كافرين ؛ او صبيين ؛ او فاسقين ؛ او بشهادة رجلين احدهما من هذه الانواع ؛ فيمـا لا يثبت إلا بشاهدين ، ولما كان اكثر هذه الفروع مبحوثا فيها ؛ رأينا تتبعها ،

فأما الحكم باستسعاء العبد . المعتق بعضه . فيما بقي عليه ، اذا كان المعتق عديما ، فهو مذهب بعض العلماء ، والمذهب المالكي على استرقاق الباقي ، وتقل الشيخ في النوادر عن ابن الماجشون ان الحكم بالاستسعاء . من الخطأ الذي ينقض فيه الحكم ، وتقل المازري عن ابن عبد الحكم انه لا يرى النقض في ذلك ، وضعّف المازري تقض الحكم بالاستسعاء ، لثبوت الاستسعاء في الحديث الصحيح

واما الحكم بالشفعة للجار ففي نقضه قولا ابن الماجشون وابن عبد الحكم ، وضعّف المازري تقضه ،

واما الحكم على العدو فحكى في التوضيح انه لا خلاف في منعه قال واتفاقهم على ذلك ، واختلافهم في الحكم للقريب دليل على ان مانع العداوة اقوى من مانع القرابة ، وقال ابن مرزوق مسألة الحكم على العدو ، لا احفظ فيها خلافاً لعالم . فان صح الاجماع عليها ، فالنقض فيها لمخالفة القاطع لا لشذوذ الخلاف ،

واما الحكم بشهادة اهل الذمة في الوصية في السفر ، فمنصوصة ، وتقلها ابن يونس والمازري وغيرهما ومذهب ابن الماجشون تقض القضاء بذلك ، ومذهب ابن عبد الحكم عدم النقض واختار ابن حبيب ما لابن الماجشون واختار المازري وابن محرز مذهب ابن عبد الحكم ، انظر شرح ابن مرزوق على المختصر ،

واما الحكم بتوريث ذوي الارحام . فحكى في النوادر عن ابن الماجشون : تقضه ، مع ان الخلاف في المسألة مشهور بين الصحابة والتابعين والايمة ، اذا لم يكن ثمّ وارث ممن اجمع عليه من ذوي السهام والعصبة ، وتقل المازري عن ابن عبد الحكم : عدم النقض ، ويعلم ضعف النقض من قول ابن عبد البر قول ابن الماجشون لم يقله غيره ،

واما الحكم بتوريث المولى الاسفل ، فهو قول ضعيف ، ذهب اليه بعضهم وجعله وارثا للاعلى ، اذا لم يكن له وارث ، وجمهور العلماء على خلافه ، لحديث « الولاء لمن اعتق » وفي نقض الحكم بالتوريث ، مذهبا ابن الماجشون وابن عبد الحكم وسيأتي قريباً عن التوضيح ، في الحكم بأن البتة واحدة ما يقتضي ان اصل ابن القاسم ، موافقة ما ذهب اليه ابن عبد الحكم

واما الحكم بعلمه السابق عن مجلس القضاء ، فحكى ابن الحاجب في نقضه قولين قال في التوضيح والقول بأنه ينقض ، لابن القصار. ونحوه في الموازية. قال ابن راشد : وهذا القول هو الاصل . والقول بعدم الفسخ حكاه ابن القصار عن بعض الاصحاب ، واختاره غير واحد ، لقوة الاختلاف في ذلك ، وهو عن الايمة ابي حنيفة (١) والشافعي (٢) وغيرهما

واما الحكم بأن البتة واحدة ، ففي التوضيح عن ابن القاسم نقض الحكم بذلك ، وقال ابن عبد الحكم لا ينقض ذلك كائنا ماكان ؛ ما لم يكن خطأ بيناً . والذي ذكر سحنون عن ابن القاسم ، انه لا ينقض ما اختلف فيه يلايم ما قال ابن عبد الحكم. اهـ وظاهر كلام ابن مرزوق ، ان هذا الفرع مما اختار المازري وابن محرز فيه مذهب ابن عبد الحكم .

---

(١) هو ابو حنيفة النعمان بن ثابت رضي الله عنه الامام الاعظم المجمع على امامته وفضله. ادرك اربعة من الصحابة. وشهد له الامام مالك والامام الشافعي بحدة النظر وقوة الورع والامامة في القياس. ولد سنة ٨٠ للهجرة وتوفي سنة ١٥٠ - لا يشك في ورعه وتحفظه الا من اعمى الله بصيرته . صلى صلاة الفجر بوضوء العشاء اربعين سنة. وحفظ عليه انه ختم القرءان سبعة الاف ختمة ومناقبه وفضائله اكثر من ان تحصى.

(٢) هو محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع المطلبي المجمع على امامته وتفقهه في الكتاب والسنة ، واتقانه وحفظه للاحاديث ، وتمكنه من اللسان العربي ، حتى قيل بالاحتجاج بكلامه. كان رضي الله عنه اية في الحفظ حفظ الموطأ في تسع ليال ، وقيل في ثلاث ليال .ولد سنة ١٥٠ وتوفي في رجب سنة ٢

واما نقض الحكم الذي قصد ان يحكم بغيره ، فحكم به غلطا ، وقامت بينة على ذلك عند القاضي الثاني ، فذكره ابن محرز وابن الحاجب ، وقال فيه القاضي ابن عبد السلام هذا مما يعسر ثبوته قال حلولو يريد ؛ لان القصد لا يطلع عليه الشهود لكن الشهادة بالفهم عاملة .

واما نقض القضاء بظهور ان الشاهدين عبدان ، او كافران ، او صُبيَّان ؛ فهو مذهب مالك واصحابه واما النقض بظهور انهما فاسقان فهو مذهبُ ابن القاسم ومذهب اشهب عدم النقض ، واختلف قول مالك في المدونة ، فقال في كتاب الشهادات ينقض ، وقال في كتاب الحدود لا ينقض ، وبه اخذ سحنون ، وخرّج الشيخ ابن عبد السلام الخلاف المذكور في العبدين ، قال اذا لم ينقضه في الفاسقين ، بعد علمه بفسقهما ، وهو لو علم بفسقهما قبل الحكم : لما جاز له القدوم باجماع فلأَنْ لا ينقض في العبدين اولى وأحرى لاختلاف العلماء في جواز شهادتهما ابتداء ، واعترضه الشيخ ابن عرفة ، بما هو غير متّجه؛ كما في شرح حلولو على المختصر .

قال ابن مرزوق فإن قلت ، كيف ينقض شيء من احكام العدل العالم وهي لا تتعقب اي لا تعرض للنظر فيها . قلت ؛ قد يطلع عليها بحسب الاتفاق، او ترفع للقاضي ، بعد الاطلاع على وجوه النقض فيها وثبوتها ، اهـ ، ومن هذا المعنى ما نقله البرزلي في حاويه عن الشيخ ابن عرفة ، انه نزلت مسالة عام ٧٣٦ ستة وثلاثين وسبعمائة وهي مسألة الشيخ ابي عبد الله بن الحباب (١) كان حكم عليه ؛ قبل هذه المدة بنحو عشر سنين ، القاضي ابن عبد الرفيع ، في جنة استحقها منه بنو البسطي ، ايام تمكنهم من دولة الامير ابن يحي ، فحكم عليه،

---

(١) هو محمد بن يحي بن عمر المعافري المعروف بابن الحباب الاصولي الجدلي اخذ عن ابن زيتون وأخذ عنه المقري وابن عبد السلام وابن عرفة ، وكان يثني عليه ، ونقل عنه في مختصره ، توفي سنة ٧٤٩

في بناء احدث بها بعد خروجها من يد ابن البسطي ، احدثه القائد ابن يعقوب وكان بناء رفيعا فحكم عليه بقيمته منقوضا مقلوعا فلما تقلّص ظل تمكن ابن البسطي طلب الشيخ ابن الحباب ، ان يجعل له مجلس ، ينظر فيه في الحكم المذكور فأمر به السلطان ؛ واجتمع بدويرة جامع الزيتونة كل من يطلق عليه اسم فقيه حقيقة او مجازا ، ورئيس المجلس حينئذ القاضي ابن عبد السلام ؛ وكان اعتذر للسلطان عن الحكم . بأن شهادته تقدمت في الحكم المذكور فصرف الحكم بينهما لقاضي الانكحة حينئذ . وهو الشيخ ابو محمد الاجمي.(١)فقال لاهل المجلس ما تشهدون به من حال الفقيه ابي اسحاق ابن عبد الرفيع هل كان من قضاة العدل والعلم فقال جلهم هو من قضاة العدل والعلم فقال لهم اشهدوا علي بأني امضيت حكمه هذا ، وكان ذلك بمحضر الشيخ ابن عبد السلام ؛ فلم يتعرض له في ذلك بسؤال ولا انكار ؛ فكان الشيخ ابن الحباب ينكر هذا الحكم ايضا ؛ ويحتج بأن القاضي العدل العالم ؛ ينظر في حكمه المعين البين الخطأ ، ولا ابين من خطأ الحكم بقيمة البناء منقوضا في مذهب مالك ، ومن علم منه اتباعه وتقليده وسأل البرزلي شيخه ابن عرفة عن اعتذار ابن عبد السلام بأن شهادته تقدمت في الحكم المذكور هل هو صحيح فقال هو خطابة ، قصد بها صرفها عنه ، ولو لحكم لجاز ونقل هذه الواقعة ابن عرفة في مختصره وصاحب المعيار في الجزء العاشر صفحة ٧٦ من الطبعة الفاسية .

---

(١) المظنون ان هناك شخصين يلقبان بالاجمي احدهما هذا الذي ذكره الشيخ ابن عرفة وقد تولى قضاء الانكحة خاصة. والثاني هو ابو عبد الله محمد الاجمي وقد كان احد علماء تونس وصلحائها. تولى قضاء الانكحة ثم خلف ابن عبد السلام في قضاء الجماعة. وقد كان من الفقهاء الاعلام. اخذ عن جماعة. واخذ عنه المقري وابن مرزوق الجد وابن عرفة وجماعة. توفي اثر ولايته قضاء الجماعة سنة ٧٤٩

واما القاضي الجائر ، فنقل الشيخ ابو محمد في النوادر ان احكامه يردّ جميعها ، وان كان فيها ما ظاهره الصواب ، قال ابن حبيب وهذا قول ابن القاسم وابن الماجشون ، وانفرد أصبغ بالقول بتصفح احكامه ، ومضي صوابها ، قال ابن محرز المعروف لابن الماجشون ؛ في المجموعة والمبسوطة مثل ما لاصبغ لا يردّ من اقضيته؛ إلّا ما عرف فيه الجور ، وكذلك قال سحنون في كتاب ابنه ؛ في قاض عزل على جور ان الصواب من احكامه يمضي والخطأ والجور يفسخ قال العلامة ابن مرزوق بعد نقله ما ذكرناه وأكثر تأويلات المتقدمين ؛ ان لا ينقض من احكام القضاة ؛ على اي حالة كانوا؛ إلّا الجور البيّن ، وظاهر عموم قول المدونة « ولا يفسخ القاضي قضاء من قبله ؛ إلّا ان يكون جوراً بيّناً فيرده » ، موافق لما ذكرناه، اهـ، وقال المتيطي المشهور لمالك ؛ وبه العمل فسخ إحكام الجائر كلها ، وقال عبد الملك ؛ في الثمانية لا يبطل إلّا ما عرف الحيف فيه ؛ لا ما جهل امره منها ؛ لان في ذلك ضرراً على الناس ؛ في نقض احكامهم ؛ وليس من قاض إلّا وله اعداء ، ونحوه في المبسوط وكتاب فضل ؛ (١) واختلف فيه قول سحنون انظر حلولو على المختصر ،

واما المسخوط في احواله ؛ اذا لم يعرف بالجور في احكامه ؛ فقال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون هو كالجائر ؛ في فسخ احكامه ولا يمضي منها إلّا ما علم صحة باطنه ؛ بالبينة العادلة ، وقال اصبغ يجوز من اقضية الخلفاء والامراء وقضاة السوء ؛ ما عدلوا فيه منها وينقض ماتبين فيه جورهم وما استريب فيه منها ؛ يتصفح ؛ حتى يعلم حاله ،

واما القاضي العدل الجاهل ؛ اي المقلد ؛ فلمن جاء بعده ان يتصفح احكامه ؛

---

(١) هو فضل بن سلمة بن جرير الجهني البجائي كان فقيها عالما بالوثائق له مختصر المدونة ومختصر الواضحة والموازية وكتاب جمع فيه الموازية والمستخرجة، توفي سنة ٣١٠٩

ويمضي منهـا ما كان غير جور . قـال في التوضيح وحكى المازري رواية شاذة ان الجاهل تنقض احكامه ؛ وان كان ظاهرها صوابا ، لانه وقع منه من غير قصد، اهـ، واختار اللخمي ، في الجاهل الذي لا يستشير العلمـاء ، ان يرد من احكامه ما كان مختلفا فيه ، لان ذلك كان منه تخمينا وحدسا ، والقضاء بمثل ذلك باطل ، قال العلامة ابن مرزوق وما ذهب اليه اللخمي ، خلاف المنصوص ، ففي النوادر عن العتبية ، من قول يحي بن يحي (١) واذا كان ممن لا يتهم بجور ، ولا يقبل غير العدول ، وهو مجتهد ، غير انه جاهل بالسنن ، لا يستشير العلماء ، ويقضي باستحسانه فهذا تتصفح احكامه ، ويمضي منها ما كان صوابا في ظاهره ، وما خالف الكتاب والسنة فسخ ، لما عرف من جهالته ؛ وان حكم بمختلف فيه ، لم ينقض ، اهـ، قـال ابن مرزوق قوله « وهو مجتهد » يعني يجتهد في اصابة الحق ، فيما يظهر له ، وليس من اجتهاد الفقهاء ، لفرضه انه جاهل بالسنن وقوله « لمـا عرف من جهله » ، اهـ، ومحل قوله « اذا حكم بمختلف فيه لم ينقض » اذا لم يشترط عليه في ولايته ، ان يحكم بمشهور المذهب المنتسب اليه ؛ فان شرط عليه ذلك كما هو الحال عندنا بتونس ، فإنه ينقض ، متى خالف المشهور ، ومـا به العمل ، وقد نبه على ذلك الشيخ حلولو في شرح المختصر ، وقال صاحب العمل :

حكم قضاة الوقت بالشذوذ ❊ ينقـض لا يتم بالنفـوذ
ومن عوام لا تجز موافقـا ❊ قولا فلا اختيار منهم مطلقا

ومراده بالشاذ ، ما خالف المشهور وما به العمل ، وقد ظهر بما ذكرنـاه ، ان احكام القضاة العدول المقلدين كقضاتنا في هذه الازمنة ، يجوز تعقبها فما

---

(١) هـ ابو محمد يحيى بن يحيى بن كثير الليثي القرطبي ، انتهت اليه رئـاسة العلم بقرطبة . سمع الموطأ من مالك ، غير الاعتكاف ، وروايته اشهر الروايـات تفقه به العتبي وابن مزين وابن وضاح وبقي بن مخلد ، توفي سنة ٢٣٤ عن اثنتين وثمانين سنة .

يفعل اليوم عندنا بتونس ، من تعقب احكام قضاة الآفاق ، لدى قاضي الحاضرة ومشايخ الشورى وهو المعبر عنه بالمجلس جار على صريح الفقه ولبابه ، وان عدم تعقب حكم قاضي الجماعة بالحاضرة، إلا بعد الترخيص من الامير في ذلك، انما هو امر رءاه اولو الامر ، في بلدنا اوفق بالمصلحة . فسنّوه ولو شاءوا أن يجروا حكم قاضي الحاضرة مجرى احكام قضاة الآفاق ؛ في جواز تعقبه ، لكان ذلك جاريا على مقتضى الفقه.(١)وهو الواقع في الديار المصرية والديار المغربية ففيها محاكم استينافية، والاستدلال على فساد ذلك بقول المختصر الخليلي « ولا يتعقب حكم العدل العالم » باطل ؛ لان المراد بالعالم، المجتهد : وبالجاهل، المقابل له ؛ المقلد قال البناني في حواشي الزرقاني واعلم ان المراد بالجاهل ؛ العدل المقلد : كما فسره به ابو الحسن ؛ ويفيده كلام اللخمي، اهـ، وهو الذي صرح به ابن مرزوق،

واما التحجير غير المقبول فما كان في الاستقلال بالقضاء ؛ بأن يتوقف القاضي في الحكم على غيره، ففي المنتقى لابي الوليد الباجي لا يولى قاضيان فأكثر ؛ على وجه الاشتراك ؛ فلا يكون لاحدهما الانفراد بالنظر في قضية؛ ولا قبول بينة ؛ ولا انفاذ حكم، قال الشيخ ابو اسحاق في زاهيه : والحاكم لا يجوز ان يكون نصف حاكم: فلا يجتمع اثنان فيكونان جميعا ؛ حَكَماً في قضية واحدة: واما ان يستقضى في البلد قضاة ؛ ينفرد كل منهم بالنظر فيما يرفع من ذلك اليه : فجائز ، قال وعمل الامة من زمانه ؛ صلى الله عليه وسلم الى زماننا هذا لا يشرك اثنان في قضية، اهـ، قال المازري : غلا الباجي في المنع حتى ادعى عليه الاجماع وقال لم يتفق هذا من زمنه،عليه الصلاة والسلام،الى زمننا ؛ وخاف من النقض عليه بالحكمين في الصيد ؛ والشقاق بين الزوجين ، فاشار الى انه لا مضرة في اختلاف الحكمين ، لانهما اذا اختلفا ،

(١) بعد صدور التأليف صار حكم قاضي الحاضرة يعقب وجاء بذلك بمجلة المرافعات الشرعية الوارد الامر العلي بالعمل بها المؤرخ في ٢٨ شوال ١٣٠٧ وفي ٢ سبتمبر ١٩٤٨

انتقل الى غيرهما وفي القاضيين لا يمكن التنقل عنهما لانهما بولاية لا يصح التنقل بها، بعد انعقادها. واختلافهما يؤدي لتضييع الاحكام. قال المازري : وعندي انه لا يقوم دليل على المنع اذا اقتضت ذلك المصلحة ؛ ودعت اليه الضرورة ؛ في نازلة ؛ يرى الامام انه لا يثلج صدره ؛ وترتفع فيه التهمة ؛ إلّا بقضية رجلين. وقد ذكر الباجي انه قد ولي ؛ في بعض بلاد الاندلس ؛ ثلاثة قضاة على هذه الصفة ، ولم ينكره من كان في ذلك البلد من فقهائه. قال الشيخ ابن عرفة : منع الباجي وابن شعبان ، (١) انما هو في تولية قاضيين ولاية مطلقة. لا في مسألة جزئية كما فرضه المازري . قلت ، لا يشكل على هذا ما جرى به الامر عندنا في تونس ، من الاحكام المجلسية التي لا ينفرد القاضي بالنظر فيها لانها مخرّجة على إن القاضي مشروط عليه ان يشاور العلماء فيما يطلب فيه الخصوم مشاورتهم . على ان ابن شعبان اورد ذلك في القاضي المجتهد ، كما يدل عليه قول ابن عرفة في مختصره في ضمن حكاية ما تقدم « واختلافهما يؤدي لتضييع الاحكام ، والغالب اختلاف المجتهدين . وان كانا مقلدين فولاية المقلد ممنوعة. اهـ » ففرض الكلام في المجتهدين . كما ترى فتأمل .

واما التحجير المقبول ، فما كان في انواع من القضايا ، كالتحجير على القاضي الحنفي عندنا في الحكم في المغارسة صحة وفساداً ، والتحجير على المالكي ، في الحكم ببطلان الحبس الخالي من الحوز صحة وفساداً او كان في الحكم على اشخاص معنين ولو بالنوع كالحكم على رعايا الدول الاجنبية.

---

(١) هو ابو اسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري: انتهت اليه رئاسة المالكية بمصر. من تاليفه الزاهي في الفقه وكتاب احكام القرءان وكتاب مختصر ما ليس في المختصر توفي سنة ٣٥٥ وسنه فوق الثمانين

في غير استحقاق العقار. قال الشيخ ابن عرفة في مختصره الفقهي. ما نصه المازري يصح في ولاية القضاء التحجير ولو ولاه قضاء بلد، إلّا في رجل سماه صح ذلك اهـ. لكن قبول هذا التحجير مقيد بما اذا كان قبل النظر في القضية وتبين الحق فيها، وإلّا لم يقبل ففي النوادر عن الواضحة عن اصبغ ان منع الامام قاضيه الحكم بين خصمين فان كان قبل ان يتبين له الحق، اطاعه، وان كان بعد ان تبين؛ فلينفذه؛ إلّا ان يعزله راسا. قال البرزلي في الحاوي وكثيرا ما يقع في زماننا ينهى الامير القاضي عن تمام الحكم في قضية او ينهاه عنها ابتداء مثل تحجيره عليه ان يحكم على الاجناد. ايام الحركة فإن كان قبل ظهور الحق، عزل نفسه، وبعد ظهوره يجب عليه السعي في تمامه ان امكن، ولم تنشأ عنه مفسدة وان ظن انشاء المفسدة، تركها وكان كالمكره على عدم انفاذ الحكم، فله مندوحة عند الله تعالي.

واما التخصيص بنوعٍ من الاحكام فجائز. ففي مختصر ابن عرفة ويجوز تولية قاضيين ببلد على ان يخص كل منهما بناحية من البلد، او نوع من الحكم فيه لان هذه الولاية، يصح فيها التخصيص والتحجير لو استثنى في ولايته أن لا يحكم على رجل معين، صح ذلك. قال ابن فتحون وقد تنفرد القضاة في بعض البلاد بخطة المناكح ومتعلقاته، فيولاها على حدة. قال ابن عرفة: كما في بلدنا قديما وحديثا من تخصيص احدهما باحكام النكاح ومتعلقاته على حدة. اهـ.

اما الاشتراط على القاضي ان لا يحكم إلّا بمذهب معين؛ ففيه اقوال. الاول. الجواز وصحة الولاية. وهو ظاهر ما نقل عن سحنون انه ولى رجلا؛ سمع كلام بعض العراقيين، وشرط عليه الحكم بمذهب اهل المدينة. قال المازري مع احتمال كون الرجل مجتهدا. وهو ايضا ظاهر نقل الباجي ان

الولاة بقرطبة ، كانوا يشترطون على من ولي القضاء ، في سجله ، ان لا يخرج عن مذهب ابن القاسم ؛ ما وجده . الثاني ؛ المنع ، وفساد الولاية ، وبه قال الطرطوشي ؛ (١) ووصف اشتراطه بأنه جهل عظيم . الثالث ، صحة الولاية ، وابطال الشرط ، كما هو احد الاقوال في البيع المصاحب لشرط فاسد : من ابطال الشرط وصحة العقد . الرابع ، ما نقله المازري عن بعضهم ان كان على مذهب مشهور ، عليه عمل اهل بلده ، نهي عن الخروج عن ذلك المذهب . وان كان مجتهدا اداه اجتهاده الى الخروج عنه ، لتهمته ان يكون خروجه حيفا او هوى . وهذا القول عمل بمقتضى السياسة ، ومقتضى الاصول خلافه ؛ والمشروع اتباع المجتهد مقتضى اجتهاده . انظر مختصر ابن عرفة . وهذه الاقوال كلها في المجتهد . واما المقلد ، فيلزمه اتباع المشهور ، وما به العمل ، لتثبت احكامه ، ويعلو يوم القيامة مقامه ، اذ بذلك يتعلق من الاستقامة بالحبل المتين ، ويحشر في زمرة القضاة العادلين .



قال الفقير الى ربه محمد العزيز جعيط قد رأيت ان القي هنا عصا التسيار ، وأريح القلم من نصب الاصحار ، اذ فيما سقته جملة وافية من المباحث الشريفة ، والتحقيقات الطلية اللطيفة ، التي لا يستغني عنها من رام التبصر والاضطلاع والوقوف من علم القضاء على يفاع ولا يجتني جناها ويحتسي كاس حمياها غير الخريت الطويل الباع . ولست ادعي اني استويت . فيما اصطفيت ، على صهوة الابداع ، فضلا عن ادعاء الابتكار والاختراع ، وانما ادعي اني انتخبت من تتف

---

(١) هو ابو بكر محمد بن الوليد القرشي الفهري الطرطوشي الاسكندري . صحب ابا الوليد الباجي ؛ وسمع من ابي بكر الشاشي وأبي محمد الجرجاني وأبي علي التستري . وأخذ عنه ابو بكر بن العربي والقاضي ابن سعادة وابو عبد الرحمان الاصيلي والقاضي عياض بالاجازة من تآليفه سراج الملوك وشرح رسالة ابن ابي زيد و تاب في مسائل الخلاف . مولده سنة ٤٥١ وتوفي بالاسكندرية سنه ٥٢

الدقائق ما هو تحفة للبصائر ونزهة في الاسماع ، وذللت من العَصيّ ، وقربت من القَصيّ ، ما كشف اللثام ، عن مخدرات عام الاحكام ، وازال عن محيا ابكارها القناع ، وما قصدت بذلك إلا الاصلاح بقدر الاستطاعة معترفا بالعجز والقصور وقلة البضاعة، والله المسئول ان ينفع به قارئه وناظره ، وان يجعله من الاعمال المتقبلة في الدنيا والدار الآخرة، وكان الفراغ من تأليفه لسبع عشرة خلون من شهر ربيع الانور عام ستين وثلاثمائة والف،



فهرس مواضيع الكتاب

(لما كان الكتاب ينقسم الى قسمين اولهما صيغ في صورة مواد اشتملت عل خلاصة الفقه المحرر مما وقع بسطه تفصيلا في القسم الثاني، فان عناوين المواضيع كانت متحدة في القسمين، وقد وقع ترقيم صفحات القسم الاول بحروف (ابجد) عوضا عن الارقام، اما صفحات القسم الثاني فقد وقع ترقيم بالارقام، ولاجل ذلك فسوف تذكر المواضيع في هذا الفهرس والى جانبها حروف تشير الى صفحة الكتاب من القسم الاول وارقام تشير الى صفحة الكتاب من القسم الثاني منه،)

فهرس التراجم الواردة في هوامش الكتاب

مرتبة بحسب الاسم الذي اشتهر به صاحب الترجمة

حرف البـاء

فهرس الخطأ والصواب

نشير الى ما يوجد من خطأ في الهوامش بعلامة ❋ نضعها بجانب كل خطإ وارد في هذا الجدول تابع لهوامش الكتاب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
ه	٢	وبيان	وبيان
ر	١٥	اكتر	اكثر
ح	١٤	فيقضي	فيقضى
م	٢٠	والغيبة	والغيبة
ع	٤	وحيازته له له الحيازة	وحيازته له الحيازة ...
ض	١٣	او سهد غيرهم	او شهد غيرهم
ر	٢	على البينة ذات الشاهدين واليمين	على البينة ذات الشاهد واليمين
خ	٧	يحلف	يجلب
د ب	٥	بقبل	يقبل
د ب	١٣	فان حيز قبل حصول المانع وإلّا بطل	فان حيز قبل حصول المانع صح وإلّا بطل
هب	٥	الميريء	المبريء
ف ب	٤	غير صحية	غير صحيحة
ف ب	١٤	يوسم	بوسم
خ ب	١٣	فاكتر	فاكثر
ش ب	١٢	الخطاب	الحطاب
د ج	٩	ألقي خطأ	ألفي خطأ
٨	٨	واغتغام❋	واغتنام
١٠	٨	فدونُ❋	فدونَ
١١	٢	وائما	وانما
١٣	٢	الميع	المبيع

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٥	٥	كان	كأن
٢١	٢٠	ويوكلوا	او يوكلوا
٢٣	١٥	ولا بينه*	ولا بينة
٢٤	٣	ترحع*	ترجع
٢٥	٢	العيار	المعيار
٢٥	٨	بالامامه*	بالامامة
٢٨	١٣	ثلاثة مرات	ثلاث مرات
٣٠	٥	احزاء*	اجزاء
٣٠	٩	وشهب*	وأشهب
٣٨	٨	تووفي *	توفي
٣٩	٨	وأحذ *	وأخذ
٣٩	١١	لمقر *	المقر
٤٠	٧	للمشتكي	للمشتكى
٤١	٤	الد	ألدّ
٤٢	٣	سنة ٤٦ *	سنة ٤٦٠
٤٤	٢٠	لانها مدعية. خلاف الاصل	لانها مدعية خلاف الاصل
٤٥	٢	وادعى الطبيب الخطإ	وادعى الطبيب الخطأ
٤٥	٣	خطئا	خطأ
٤٦	٣	المدعى	المدعي
٤٧	١٥	شاهده للحائز	شاهدة للحائز
٥٤	١	المنساوي*	المساوي
٥٥	١٠	فلا توجه	فلا تتوجه
٥٦	١٦	لتتصقح	لتتصفح
٥٧	٥	الممالكي*	المالكي
٥٨	٢	وسمه*	وسمع
٦٢	١٢	ولثي	ولـّي
٦٦	٤	اسنفيد	استفيد
٧١	٤	صحابنا	اصحابنا

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٧٦	٥	رخلة ۞	رحلة
٨٣	٣	وحنه۞	وجنة
٨٤	١١	وخيتّر	وخيّـر
٨٦	٢٢	لاول	الاول
٩٥			(سقط من ذيل هذه الصفحة (الهامش الذي يتضمن (ترجمة ابن رشيد ونصه (- (١) هو محمد بن عمر الفهري (السبتي يعرف بابن رشيد. مولده (سنة ٦٥٧ وتوفي بفاس سنة ٧٢١
٩٧	٧	الشولي	التسولي
٩٩	٤	ابي الفداد	ابي الفداء
١٠٢	٩	فصير	فيصير
١٠٤	١	ويكتن	ويكون
١٠٧	١٦	شئل	سئل
١٠٨	١	وما يليق	وما لا يليق
١٠٨	١١	ثأخذه	تأخذه
١٠٩	١٢	باطل	بباطل
١٢٠	١٣	كالسقر	كالسفر
١٢٤	١٧	الربع	الريع
١٣٦	٩	يقضي به	يقضى به
١٣٨	١١	على بيه	على ابيه
١٤٠	١٦	روال	زوال
١٤٢	١٥	بحتج	يحتج
١٤٧	١	قاسم	قاسما
١٥٤	٨	جائر الامر	جائز الامر
١٦٠	١٧	تصح	يصح
١٦٢	٢٢	العدالة	بالعدالة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٦٤	٥	عُدّل	عُدِّل
١٦٤	١٠	فعجر	فعجز
١٦٦	١٣	عرفه	عرقة
١٧٠	٢٠	قبله	قبيلة
١٧٣	٥	ويسترط	ويشترط
١٧٤	٦	او كونهم	او كونهم
١٧٩	٨	قيِّد	قُيِّد
١٨٠	٢٠	ربها	ربما
١٩١	٧	قصاة	قضاة
١٩١	١٦	شرج	شرح
١٩٢	١	بأتي	يأتي
١٩٢	٢٢	فاستطهر	فاستظهر
١٩٣	٢١	كما اذ اشهدوا	كما اذا شهدوا
١٩٤	٥	الما ـال	المال
١٩٤	١٥	المتسولي	التسولي
١٩٤	٢	الشتاجر*	التشاجر
١٩٣	٣	موحودا*	موجودا
١٩٦	٥	في ثالثة غرره كبير *	في ثالثة غرر كبيره
١٩٦	١٢	ان رضى	ان رضي
١٩٧	١٨	بترك	يترك
١٠٦	٨	فتعمد	فتعمل
٢١١	١٥	يستتقن	يستيقن
٢١٢	٢	الاوذى *	الاحوذي
٢٢٠	١٢	للفاضي	للقاضي
٢٢٤	٣	سخة من حكمه ؛ وينهيه الى المدينة او عامل الحهة*	نسخة من حكمه؛ وينهيه الى شيخ المدينة؛ او عامل الجهة
٢٣٠	١	بينة	بيينة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٣٠	٢	اسماعيل التميمي؛ المفتي*	اسماعيل التميمي ؛ والمفتي
٢٣٠	٩	المنهي اليه*	المنهي اليه
٢٣٤	٤	ـكتاب	بـكتاب
٢٣٧	٤	وتفي*	توفي
٢٤٠	٢	وابن الحلاب*	وابن الجلاب
٢٤٧	١١	متأت	مُتَأَتٍ
٢٤٨	١٥	حكم	حكما
٢٤٩	١	التعزبر	التعزيز
٢٥١	١٦	بعني	يعني
٢٥٢	٢	الفسح	الفسخ
٢٥٢	١٠	ينطر	ينظر
٢٥٥	٣	١٣٣٠	١٣٣١
٢٥٥	٦	حامع	جامع
٢٥٦	٩	يخير	يخبر
٢٦٤	١١	,وحكم	وحكم
٢٦٤	١٢	ـبعا	تبعا
٢٦٤	١٤	لاعنقاده	لاعتقاده
٢٦٦	٢٠	كما نقدم	كما تقدم
٢٦٩	١	بستلزم	يستلزم
٢٦٩	١٢	الطربق ، وذلك مظنةلتوهم	الطريق ، وذلك مظنةلتوهم
٢٦٩	١٤	ـهما	لهما
٢٦٩	١٤	التعديل م	التعديل
٢٧٠	١٠	المغابرة	المغايرة
٢٧١	٣	ببنهما	بينهما
٢٧٤	٨	كانتقالللمشتري	كانتقال الملك للمشتري
٢٧٥	١٣	يبتين*	يبتين
٢٧٧	٣	من المحكم	من الحكم
٢٧٨	١٤	وقضى بتوكيلها	وقضي بتوكيلها

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٨٥	٩	انبيّن	البيّن
٢٨٦	١	الليشي*	الليثي
٢٨٧	١	وجاء*	وجاءت
٢٨٨	١١	ابن شعيان	ابن شعبان

